



**“Ejecución Hipotecaria Extrajudicial.  
Ley 24.441”**

**Trabajo Final de: Storani, Sabrina S.**

**Título a obtener: Abogada**

**Carrera: Abogacía**

**Universidad Abierta Interamericana**

**Rosario, Mayo 2005**

*Agradezco en primer lugar a mi familia que me dio el apoyo necesario para que realice mis estudios, a mis amigas y compañeros con quienes compartí estos años de universidad lo cual implicó llevar adelante mi carrera, a la persona con quien tuvimos el mismo sueño, y en especial a la Dra. Diana Pilot que brindó parte de su tiempo para la realización del presente trabajo que marca un punto en mi formación como profesional.*

## INDICE

AGRADECIMIENTOS.....	I
INDICE .....	II
RESUMEN .....	1
TEMA .....	2
OBJETIVOS .....	2
FUNDAMENTACIÓN .....	3

### ***CAPÍTULO I***

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LAS SEGURIDADES REALES .....	4
HIPOTECA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA .....	5
IDEA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ARGENTINA.....	6
DEFINICIÓN: SU ANÁLISIS .....	7
CRÉDITO E HIPOTECA .....	7
NATURALEZA JURÍDICA DEL CRÉDITO .....	8
NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA .....	9
CARACTERES .....	13
OBJETO DE LA HIPOTECA .....	17
CRÉDITOS QUE GARANTIZA .....	18
CONSTITUCIÓN .....	19
PUBLICIDAD HIPOTECARIA .....	20
RELACIONES ENTRE CONSTITUYENTE Y EL ACREEDOR .....	22
RELACIONES ENTRE LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS Y LOS TERCEROS POSEEDORES PROPIETARIOS .....	23
EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA .....	24
CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA .....	25

### ***CAPÍTULO II***

JUICIO HIPOTECARIO .....	27
NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA ...	28

### ***CAPÍTULO III***

#### **REGIMEN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECAS:**

<b>EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL .....</b>	<b>34</b>
<b>LAS NUEVAS LETRAS HIPOTECARIAS EN LA LEY 24.441 .....</b>	<b>35</b>
<b>AMBITO DE APLICACIÓN .....</b>	<b>37</b>

### ***CAPÍTULO IV***

<b>ETAPA PREPARATORIA .....</b>	<b>39</b>
<b>EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA .....</b>	<b>41</b>
<b>DEFENSAS OPONIBLES .....</b>	<b>42</b>
<b>PROCEDIMIENTO DE SUSTANCIACION JUDICIAL DE LA CONTROVERSIA .....</b>	<b>46</b>
<b>FACULTAD JUDICIAL DE SUSPENSION DEL LANZAMIENTO O LA SUBASTA .....</b>	<b>47</b>
<b>FACULTAD JUDICIAL DE SUSPENSION DEL LANZAMIENTO O SUBASTA EN PERJUICIO DE TERCEROS .....</b>	<b>48</b>
<b>VERIFICACION DEL ESTADO FISICO Y DE OCUPACION DEL INMUEBLE .....</b>	<b>49</b>
<b>DESOCUPACIÓN ANTICIPADA DEL INMUEBLE Y LANZAMIENTO .....</b>	<b>50</b>

### ***CAPÍTULO V***

<b>TRÁMITES PREPARATORIOS DE LA SUBASTA .....</b>	<b>52</b>
<b>VENTA EN SUBASTA DEL INMUEBLE HIPOTECADO .....</b>	<b>55</b>
<b>TRÁMITE DE LA SUBASTA .....</b>	<b>55</b>
<b>CONDICIONES DE VENTA .....</b>	<b>56</b>
<b>PUBLICIDAD DEL REMATE .....</b>	<b>58</b>
<b>BASE DE LA SUBASTA .....</b>	<b>59</b>
<b>COMUNICACIONES Y CITACIONES .....</b>	<b>60</b>
<b>FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LAS NOTIFICACIONES .....</b>	<b>62</b>
<b>DESARROLLO DEL ACTO .....</b>	<b>63</b>
<b>FRACASO DE LA SUBASTA .....</b>	<b>64</b>
<b>CUESTIÓN DE LA COMISIÓN POR LA SUBASTA FRACASADA .....</b>	<b>65</b>
<b>LIQUIDACION DEL CRÉDITO .....</b>	<b>66</b>

<b>RENDICION DE CUENTAS Y DEPÓSITO JUDICIAL DEL SALDO DE PRECIO .....</b>	<b>67</b>
<b>ENTREGA DEL REMANENTE AL DEUDOR .....</b>	<b>69</b>
<b>COMPENSACION DEL CRÉDITO DEL ACUERDO HIPOTECARIO .....</b>	<b>69</b>
<b>POSTOR REMISO .....</b>	<b>70</b>
<b>PERFECCIONAMIENTO DE LA VENTA .....</b>	<b>71</b>
<b>PAGO DEL PRECIO .....</b>	<b>73</b>
<b>TRADICIÓN DEL INMUEBLE .....</b>	<b>74</b>
<b>ESCRITURA DE PROTOCOLIZACIÓN DE ACTUACIONES .....</b>	<b>75</b>
<b>LEVANTAMIENTO DE EMBARGOS E INHIBICIONES .....</b>	<b>76</b>
<b>IMPUGNACION JUDICIAL DEL DEUDOR .....</b>	<b>77</b>
<b>SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCION .....</b>	<b>79</b>
<b>PROSECUCIÓN DE LA EJECUCION POR VIA JUDICIAL Y FACULTAD DEL DEUDOR PARA PEDIR LA REDUCCION DE LA DEUDA IMPAGA.....</b>	<b>81</b>
 <b><i>CAPÍTULO VI</i></b>	
<b>INCUMBENCIA NOTARIAL EN LA LEY 24.441 .....</b>	<b>83</b>
<b>FACULTADES DEL JUEZ EN LA LEY 24.441 .....</b>	<b>84</b>
<b>PLANTEOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUBASTA EXTRAJUDICIAL .....</b>	<b>85</b>
<b>REFLEXIONES FINALES .....</b>	<b>95</b>
<b>ANEXO I: Ley 24.441 de Financiamiento de la vivienda y construcción, Título V .....</b>	<b>99</b>
<b>ANEXO II: Antecedentes Parlamentarios Ley 24.441.....</b>	<b>105</b>
<b>ANEXO III: “Citibank N.A. c/Pozzi Adolfo H. s/ Ej. Hipot.”.....</b>	<b>110</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>123</b>
<b>CITAS BIBLIOGRAFICAS .....</b>	<b>124</b>

## **RESUMEN**

El siguiente trabajo hará una investigación del procedimiento de ejecución hipotecaria especial, contemplado en los artículos 52 al 67 de la Ley N° 24.441.

La mencionada ley, llamada de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción ha disciplinado un procedimiento especial de ejecución hipotecaria para el caso en el cual se hubieran emitido letras hipotecarias como así para las hipotecas en general que expresamente hubieran sido sometidas a las disposiciones del título 5 de dicha ley.

El título V de la ley 24.441 denominada “Vivienda” contiene una novedad absoluta en el derecho argentino, que hace muy especialmente al objeto de esta obra, cual es la ejecución especial conocida como extrajudicial. En el proyecto originario, el título V de la nueva ley contenía la palabra “extrajudicial”, que se cambió por “Régimen especial de ejecución de hipotecas”, eliminándose el indicado termino. No obstante, en el medio se conoce a este procedimiento como extrajudicial, por cuanto gran parte de las actuaciones ocurren fuera de los tribunales y sin orden judicial.

Comienza el presente trabajo con un estudio resumido del instituto de la hipoteca, sin entrar en detalles ya que eso implicaría una investigación mucho más compleja, remontando a sus antecedentes para entender su evolución y llegar al cuestionamiento de su naturaleza jurídica, que creo hoy entra en auge con el tema de estudio que propone este trabajo.

Se transitará por el estudio del procedimiento que propone la citada ley, y sobre el cual se sostiene que la regulación del mismo es donde el legislador ha cometido sus principales errores en la presente Ley 24.441, lo cual lleva a diversos cuestionamientos y planteos acerca de la constitucionalidad de la misma, a lo cual se arribará mediante un desarrollo doctrinario y jurisprudencial.

Entre sus características fundamentales se destaca que el sistema lleva insita una renuncia a la jurisdicción, posibilitándose arribar al remate sin sentencia judicial. El contradictorio queda postergado casi en su totalidad a etapas posteriores, centrándose todo el trámite en la inmediata agresión del patrimonio del deudor a quien sólo le cabe oponerse a su progreso acreditando algunos de los infrecuentes extremos previstos en la ley.

Este tema es considerado objeto de críticas y opiniones, teniendo en cuenta la influencia que tiene en la sociedad y su desenvolvimiento en la misma.

**TEMA:** Ejecución Hipotecaria Especial: Ejecución Extrajudicial, Ley 24.441

**OBJETIVOS:**

- **GENERAL:**

- Análisis del procedimiento de ejecución hipotecaria especial contemplada en los artículos 52 a 67 de la Ley 24.441.

- **ESPECIFICOS:**

- Análisis de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del procedimiento previsto en la Ley 24.441 sobre ejecución especial de hipotecas.

- Determinar si se admite un procedimiento extrajudicial de hipotecas en nuestro ordenamiento.

- Desarrollar en base a doctrina y jurisprudencia un enfoque acerca de los puntos expuestos.

## **FUNDAMENTACIÓN**

Tanto de los antecedentes parlamentarios como del texto de la propia ley, surge claramente que la norma en estudio intenta ser una herramienta tendiente a fomentar el crédito destinado a la financiación de la construcción de viviendas, garantizándolo con mecanismos que procuran hacer hincapié en lo expedito y eficaz del sistema propuesto por la misma.

Con la sanción de la Ley 24.441 se ve la tendencia a desjudicializar aquellas tramitaciones procesales que como las ejecuciones puede desarrollarse en principio fuera de los tribunales de justicia, posibilitando mediante su descongestión, que los magistrados se concentren en otros casos de administración de justicia.

Dentro de la crisis que se está viviendo en nuestro sistema judicial, ya que considero que por ciertos motivos se está dejando de lado la seguridad jurídica que nos debería rodear con respecto a temas socio-económicos, llego al punto de dedicarme a la investigación del tema en cuestión, por considerarlo una herramienta que deja sin protección derechos importantísimos y esenciales previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Para comprender mejor a lo que quiero arribar, paso a desarrollar este trabajo dedicado al régimen especial de ejecución de hipotecas, ejecución extrajudicial.



## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA SOBRE LAS SEGURIDADES REALES.

Las seguridades reales han tenido su origen en Grecia y en Roma: en su organización se conservan aún caracteres del derecho de esos pueblos, pero ella ha sufrido transformaciones profundas.

Legislaciones de tipo romanista: en el derecho romano existían tres clases de seguridades reales:

1- *la enajenación con pacto de fiducia*: especie de venta con pacto de retroventa, el deudor que quería garantizar su obligación, transfería al acreedor la cosa por medio de la *mancipatio* o la *in jure cessio*. Si el deudor no pagaba, el acreedor se quedaba definitivamente con la propiedad de la cosa, pero si pagaba su deuda en el plazo convenido el acreedor estaba obligado a devolvérsela, por medio de una nueva *mancipatio* o *in jure cessio*. Era de carácter puramente personal, y en caso de que la cosa hubiese sido enajenada por el acreedor, no podía ser ejercida contra los terceros adquirentes.

2- *la prenda o pignus*: la cosa dada en garantía era entregada al acreedor pero el deudor conservaba la propiedad de ella, se aplicaba preferentemente a las cosas muebles y el deudor se encontraba en la imposibilidad de enajenar la cosa, puesto que ya no la tenía en su poder. Después se introdujo la costumbre de autorizar al acreedor para vender la cosa en caso de falta de pago de la obligación, debiendo restituirse al deudor el excedente de precio en caso que lo hubiera. El deudor, después de pagada su obligación, podía reclamar la restitución de la cosa, no solo contra el acreedor sino también contra los terceros a quienes éste la hubiese transmitido ilegalmente.

3- las dos formas de garantía anteriores presentaban graves inconvenientes: la enajenación con fiducia dejaba al deudor librado a la buena fe del acreedor; tanto ella como la prenda implicaban la desposesión del deudor y, una vez que éste había hecho uso de la cosa para una operación de crédito, no podía hacer uso de la cosa para una segunda operación. Apareció una nueva forma de seguridad real: el *pignus sin tradición o hipoteca*: el deudor conserva la propiedad y posesión de la cosa, pero si no paga su obligación el acreedor tiene el derecho de entrar inmediatamente en posesión de ella y hacerla vender para cobrarse con el importe de su precio; puede también estipularse que la cosa sería entregada al acreedor y que éste, como compensación de los intereses por

el préstamo o uso del capital, tendría derecho a los frutos que ella produjese, es decir, la cláusula o convención llamada de anticresis. El deudor puede constituir varias hipotecas y los derechos de cada uno de los acreedores se determinan por el orden de su constitución.

En el derecho griego existían también tres formas de seguridad real: 1º la venta con pacto de retroventa, equivalente a la enajenación con fiducia del derecho romano; 2º el pignus; 3º la hipoteca.

## **HIPOTECA. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DE LEGISLACIÓN COMPARADA.**

En el derecho romano aparece después de la enajenación con fiducia y la prenda, la circunstancia que dio lugar a ella fue la necesidad de permitir al locatario de un fundo destinado a la agricultura, proporcionar al propietario de él una garantía eficaz por los arrendamientos, sin desprenderse de la posesión de los útiles y herramientas de trabajo. Después la institución se generalizó y paulatinamente ella llegó a constituir el gran medio de garantía real en materia de inmuebles.

Pero existe un problema de carácter histórico: la hipoteca del derecho romano, ¿ha sido tomada del derecho griego, o por el contrario, ha sido una creación directa de aquél?. Salvat concreta a consignar que la hipoteca nació en el derecho griego antes que en el romano y que entre uno y otro derecho existían diferencias fundamentales, especialmente que en el derecho griego la hipoteca tenía el carácter de una dación en pago y estaba sometida a un régimen de publicidad, desconocido en el derecho romano.<sup>1</sup> Otros sostienen que se trata de una institución creada directamente en el derecho romano, aunque ella tenga numerosos puntos de contacto con el derecho griego.

Desde el punto de vista práctico, la legislación sobre la hipoteca ha sufrido una profunda transformación, cuyos puntos principales es necesario indicar sumariamente:

1º La hipoteca del derecho romano podría ser general o especial; en la legislación moderna la tendencia que predomina es la de la especialidad de la hipoteca.

2º La hipoteca del derecho romano, a diferencia del derecho griego, no estaba sometida a régimen alguno de publicidad. En la legislación moderna la publicidad de la hipoteca es la base esencial de todo el sistema hipotecario.

3° La hipoteca del derecho romano, en caso de faltarse al pago de la obligación, confería al acreedor el doble derecho de entrar en la posesión de la cosa y proceder por sí mismo a la venta de ella. En la hipoteca moderna, el acreedor sólo tiene el derecho de ejecutar y hacer vender judicialmente la cosa, para cobrarse con el precio de ella.

Desde el punto de vista de su origen, existían en el derecho romano tres clases de hipoteca: 1° la hipoteca constituida por convención de las partes o por legado; 2° la hipoteca judicial, en los casos en que un acreedor era puesto en posesión de los bienes del deudor o en que, a raíz de una sentencia favorable, el acreedor embargaba bienes del deudor para responder al pago de su crédito; 3° la hipoteca legal.

Las hipotecas legales o tácitas tienen en general el grave inconveniente de ser difícilmente compatibles con la especialidad y publicidad de la hipoteca. Las legislaciones modernas han tendido a suprimirlas.

En cuanto a la hipoteca judicial, la tendencia ha sido transformarla en simples anotaciones de seguridad.

### **IDEA GENERAL DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA ARGENTINA.**

Hasta la sanción del Código Civil, la legislación vigente en nuestro país en materia de hipoteca, era la contenida en las antiguas leyes españolas, especialmente en la Partida 5°, título 13, de los peños. El derecho de peño, sea como prenda, sea como hipoteca, podía ser de tres clases: a) peño voluntario, constituido por la libre voluntad de las partes, por contrato o por testamento; b) peño judicial, cuando los jueces mandaban constituirlo, sea por falta de contestación a la demanda o por rebeldía, sea por sentencia; c) peño tácito o legal, en todos aquellos casos en que resultaba de las disposiciones de la ley.

Con el Código Civil se reglamenta la hipoteca en una forma completa (título XIV, del libro 3°). Al hacerlo, el Código ha abandonado completamente la tendencia de la antigua legislación española, para incorporarse plenamente a la orientación de las legislaciones y las doctrinas modernas. En lo fundamental, el Código presenta los tres grandes caracteres siguientes:

1° No existen hipotecas tácitas o legales, ni judiciales, sino únicamente la hipoteca convencional, como nos lo dice expresamente el art. 3115: *“No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescrita en este Título.”*

2º La hipoteca debe ser siempre especial, en un doble sentido: a) especialidad en cuanto a la determinación del inmueble gravado con ella; b) especialidad en cuanto a la determinación del crédito garantizado.

3º La hipoteca no produce efectos contra terceros sino mediante su inscripción en el registro, principio de la publicidad.

### **DEFINICIÓN: SU ANÁLISIS**

El art. 3108 nos da la siguiente definición: *“La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”*.

**Crítica:** esta definición ha sido criticada: a) como vaga, ya que no indica como se realiza la seguridad que confiere al crédito –a través del derecho de persecución y el privilegio- ; b) porque no contempla el supuesto de que el constituyente no sea el deudor sino un tercero –hipótesis recogida por el art. 3121- ; c) porque debió referirse a “inmuebles” o a “cosas muebles” y no a “bienes inmuebles”, ya que sólo las cosas son susceptibles de clasificarse en muebles o inmuebles, y también sólo ellas, y no los derechos, pueden ser objeto de la hipoteca.

**Proyectos:** el Anteproyecto Biliboni reproduce el art. 3108 Cód. Civil. El Proyecto de 1936 dice en su art. 1715: *“La hipoteca es el derecho real establecido en seguridad de un crédito cierto en dinero, sobre inmuebles determinados, que continúan en poder del constituyente. Cuando alguien lo hiciera en garantía de una deuda ajena, no por ello se obligará personalmente como deudor directo o subsidiario.”*

Y el Anteproyecto de 1954: *“La hipoteca es el derecho constituido en garantía de una deuda cierta en dinero, propia o ajena, sobre alguna cosa inmueble que continúa en poder del constituyente.”*

### **CREDITO E HIPOTECA**

Si bien habitualmente se menciona el crédito hipotecario o, aun más sencillamente, la hipoteca, como una entidad única, en esta expresión deben destacarse los elementos: el crédito y la hipoteca.

Existe una gran confusión entre el derecho personal garantizado y el derecho real garantizante, por lo que deben separarse bien ambos conceptos. No es un

cuestión meramente teórica, pues de la misma derivan importantes consecuencias prácticas.

Esta cuestión parecía no tener importancia en la hipoteca clásica o tradicional por cifras fijas e inamovibles, que garantiza obligaciones de dar sumas de dinero de curso legal en la República Argentina, en que coincide plenamente el monto del crédito con el monto del gravamen. Pero ante la constitución de hipotecas sometidas a cláusulas de estabilización en todas las variantes ideadas por bancos y financieras según sus necesidades, hipotecas en moneda extranjera, hipotecas en garantía de contratos de apertura de crédito, etcétera, se debió profundizar el análisis al punto.

El acreedor hipotecario posee un derecho mixto, compuesto por dos elementos de naturaleza totalmente diversa: es un verdadero acreedor por una obligación personal y tiene, además, un derecho real de garantía de su crédito. Esto parece obvio, y sin embargo debe tenerse en claro, pues se olvida al abordar temas concretos, como por ejemplo, la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria, la necesidad de intimación de pago al deudor, la conformación del título ejecutivo, la posibilidad o no de constitución de hipotecas por créditos indeterminados y consecuencias de una eventual nulidad de estas hipotecas, etcétera.

### **NATURALEZA JURÍDICA DEL CREDITO**

La obligación es un vínculo de derecho que une a un deudor y a un acreedor. También se utiliza para designar a la deuda a cargo del sujeto pasivo de la obligación. La obligación desde el punto de vista activo, o sea del acreedor, es un crédito; y desde el punto de vista pasivo, o sea del deudor, es una deuda (art. 496 Cód. Civil).

Los dos aspectos de crédito y débito son complementarios e inescindibles, pues no es más que una sola entidad, el derecho personal, mirada desde dos ángulos diferentes.

El derecho personal, que tal es la naturaleza jurídica del crédito, crea una relación jurídica entre dos personas, es decir entre la persona del acreedor y la del deudor.

El acreedor puede así exigir a su deudor el cumplimiento de una prestación (un dar, hacer o no hacer). La prerrogativa del acreedor se ejerce respecto de su deudor y esto hace que el derecho creditorio sea relativo, ya que sólo puede hacerse valer contra el obligado a satisfacer la prestación debida. El objeto del derecho personal

es la persona del deudor a través de la conducta que debe realizar, o sea es la prestación o hecho del deudor.

## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA HIPOTECA**

La hipoteca es un derecho real que une a una persona con una cosa. El derecho real es la relación del titular con la cosa, en este supuesto, el inmueble hipotecado. Si bien cabe precisar que toda relación jurídica es entre personas, tomamos en este momento el concepto clásico de derecho real según el cual en éste existen solamente: persona y cosa, aunque reconocemos que sólo por la tolerancia consagrada por el uso puede hablarse de relación entre persona y cosa cuando el sujeto pasivo de la relación es general e indeterminado, como acontece en los derechos reales.

También en el derecho real sobre cosa ajena como lo es la hipoteca, puede hablarse de un aspecto activo y de un aspecto pasivo. En la enumeración de los derechos reales del art. 2503 del Código Civil, encontramos el derecho de hipoteca y no la hipoteca, el que es un derecho real para su titular pero a su vez es una carga o gravamen real para el dueño del inmueble hipotecado. Es decir que según el punto de vista desde el que se mire, la hipoteca será un derecho real (punto de vista activo), o carga o gravamen real (punto de vista pasivo).

Los dos aspectos, derechos real y carga o gravamen real son complementarios e inescindibles, pues no es más que una sola entidad, el derecho real, mirada desde dos ángulos diferentes.

Entonces, la hipoteca es un derecho real y tal es la naturaleza jurídica que le asignamos, de acuerdo a los siguientes argumentos:

- a) En el Código Civil la hipoteca está tratada en el libro III de los derechos reales, figura mencionada como derecho real en el art. 2503, inciso 5, y como tal está definida en el art. 3108.
- b) El hecho de que la hipoteca no se ejerza por la posesión no significa que no exista una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa. Por el contrario, las facultades conservatorias, restitutorias y ejecutorias otorgadas por la garantía pueden ser ejercidas por el acreedor desde el momento de la constitución de la hipoteca. Estos poderes sobre la cosa aparecen aun antes de la fase ejecutiva.
- c) El derecho del acreedor hipotecario es inherente a la cosa y le permite hacerla vender y cobrarse de su valor en manos de quien se encuentre y con prescindencia de quien sea su titular (*ius perseguendi*), lo que es diferente del caso de otros acreedores que sólo

pueden hacer vender la cosa mientras ella pertenezca a su deudor y en principio no pueden perseguirla. No es el crédito –derecho personal- el que da derecho de persecución, sino la hipoteca que lo acompaña, y esto puede notarse mejor cuando la persona del deudor se separa de la del dueño de la cosa hipotecada. El crédito sólo puede cobrarse contra quien está obligado a cumplir la prestación, o sea del deudor, y sólo a él es oponible. La hipoteca, por el contrario, es oponible erga omnes y por ello se hace efectiva directamente contra la cosa, independientemente de las mutaciones que en su titularidad se hayan producido. Inclusive advertimos que el ius persecuendi de la hipoteca es más fuerte que el de otros derechos reales.

d) El derecho del acreedor hipotecario es oponible erga omnes y él puede hacer valer sus derechos contra todo tercer adquirente del inmueble, como también contra otros acreedores quirografarios o hipotecarios, o en general titulares de derechos reales o personales posteriores a la constitución de la hipoteca (ius preferendi), lo que difiere del privilegio. El ius preferendi se manifiesta por la exclusión de todo otro derecho real o personal posterior incompatible con él, o la postergación de uno compatible. Constituido el derecho real, éste puede hacerse valer contra o tiene prevalencia sobre (es oponible a otros derechos reales o personales que se quieran establecer según el principio prior in tempore, potior in iure). El privilegio funciona en otro sentido, pues sólo da un derecho a un acreedor a ser pagado con preferencia a otro y responde a diversos fundamentos, no teniendo nada que ver con el principio mencionado. Al contrario, es muy común que el último en el tiempo (por ejemplo gasto funerario y de última enfermedad) prevalezca sobre otros créditos anteriores. Un derecho real puede o no llevar aparejado un privilegio, pero siempre tiene ius preferendi.

e) Si bien es cierto que lo accesorio sigue la suerte de lo principal –que la hipoteca sigue la suerte del crédito- en cuanto a su nacimiento, vicisitudes y extinción, no por ello determina su naturaleza jurídica. Así es perfectamente aceptable que el principal, es decir el crédito, sea derecho personal y la hipoteca, es decir el accesorio, sea derecho real.

f) La acción hipotecaria es real sin que importe que la cosa hipotecada haya sido o no transferida a un tercero, y tiene un trámite especial en los Códigos de Procedimientos. Como esto puede dar lugar a confusión, aclaro que en nuestro derecho, el carácter real de la acción hipotecaria no implica que no deba existir el crédito, intimación de pago, etcétera.

Se ha sostenido, sin embargo, que la hipoteca constituye un derecho personal, dado que no existiría desmembración alguna del derecho del constituyente, ni tampoco relación directa e inmediata con la cosa –característica de los derechos reales– por parte del acreedor hipotecario.

En el momento en que Vélez redactaba el Código, sólo Marcadé había puesto en duda ese carácter de la hipoteca, sosteniendo que nos encontrábamos en presencia de un derecho creditorio, ya que no había ninguna desmembración en el derecho de dominio del constituyente, esencial –según él– para la existencia de un derecho real: sólo sería un *ius ad rem* y no un *ius in rem*. Sobre esta figura híbrida del *ius ad rem*, originada en el Derecho Canónico, que si bien no confiere un poder inmediato sobre la cosa, otorga a su titular una facultad sobre ella mayor que la que se funda exclusivamente sobre el derecho creditorio, resultando la cosa en cierto modo afectada al titular de ese *ius ad rem*, que le permite perseguirla aún en manos de terceros, si fueran de mala fe. Sostenía Marcadé que la hipoteca sólo era un *ius ad rem mobilem ad pecuniam*, como crédito en tanto se ejerce sobre el inmueble.

El problema de saber si la hipoteca constituye o no un derecho real, proviene de que, al permanecer la cosa que es su objeto, en poder del propietario, al no existir posesión por parte del acreedor hipotecario, no se daría uno de los elementos típicos de los derechos reales: la relación directa e inmediata que le permitiría a éste actuar sin intermediarios sobre aquélla.

Es más, el acreedor solo tiene el derecho de caer sobre la cosa recién si hay incumplimiento de la deuda, pero al único efecto de hacerla vender y cobrarse con su producido, ya que no le está permitido apropiarse de la misma.

De donde el derecho del acreedor hipotecario parecería recaer más bien sobre el precio o valor económico de la cosa y no sobre la cosa misma. Es por ello que autores como Planiol-Ripert<sup>1</sup> sostienen que no estaríamos en presencia de una desmembración de la propiedad, en consecuencia en un verdadero derecho real, sino simplemente de un derecho real de segundo grado, establecido “sobre el derecho de propiedad mismo más que sobre la cosa”.

Incluso se ha llegado a negar que la hipoteca sea una institución del derecho de fondo, para sostenerse que no habría aquí más que una acción ejecutiva reforzada, un derecho subjetivo procesal, pero no sustancial.

Y este derecho de ejecutar la cosa, aunque se encuentre en poder de un tercero, es un “acto ejecutivo procesal”, que prescinde y es independiente de toda



fundamentación en un derecho sustancial; es más, la preferencia que corresponde al titular de la hipoteca, se hace valer en el procedimiento de distribución entre acreedores concurrentes sobre el valor del bien ejecutado. Pues no habría aquí más que una “acción ejecutiva reforzada”<sup>2</sup>. Argumenta esta posición con que la garantía recién entra a funcionar en caso de incumplimiento, materializándose, simplemente, en un derecho a hacer ejecutar la cosa por el órgano jurisdiccional, que es independiente de toda fundamentación en un derecho sustancial. En cuanto al refuerzo de esta acción ejecutiva, estaría dado por el *ius persecuendi* y el *ius preferendi*. Es claro que no se explicarían con esta tesis, los derechos que tiene el acreedor hipotecario aún antes de llegar a la ejecución: arts. 3157 y sigs. Cód. Civil.

Este razonamiento lleva a ubicar a la hipoteca en el terreno del derecho procesal y a otorgarle el carácter de derecho subjetivo procesal –y no de derecho sustantivo- o sea a decir que sólo nos encontraríamos en presencia de una acción ejecutiva reforzada por el *ius persecuendi* y el *ius preferendi* y que se rige por trámites especiales.

La opinión de que se trata de un derecho real sustantivo, ha sido entre nosotros magníficamente defendida por Formieles sosteniendo que la hipoteca constituye una desmembración del derecho de propiedad porque: 1) la existencia de una hipoteca traba la enajenación del inmueble, ya que económicamente un inmueble hipotecado tiene menos valor de cambio que uno sin hipotecar: en la nota al art. 3755 y al 3839 Cód. Civil se dice que la hipoteca es una manera de enajenación y el art. 3119 exige que en el constituyente la capacidad de enajenar: 2) porque la hipoteca impide al propietario la realización de ciertos actos que podría ejecutar si aquella no existiera: art. 3157 y sigs. Cód. Civil.

Salvat, si bien no niega el carácter de derecho real de la hipoteca, sostiene que no nos encontraríamos en presencia de una desmembración, sino de una limitación a los derechos del propietario.

Llamándola desmembración o limitación, lo cierto es que resulta indudable que la hipoteca traba el derecho de dominio del constituyente, y para ello nos basta una simple hojeada a las disposiciones reguladoras de la institución.

La relación directa de la cosa es cierto que “anda como dormida” hasta el momento del incumplimiento del crédito que se garantiza o de aquél en que el propietario realiza “cualquier acto de disposición material o jurídica que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado”; pero habiéndose arribado a tal situación, esta relación con la cosa “se despierta” y permite al acreedor

proceder recta vía contra ella, aunque haya pasado a manos de terceras personas, y cobrarse con preferencia sobre el precio que se obtenga de su ejecución forzada.

En cuanto a la doctrina que no ve en la hipoteca más que un derecho subjetivo procesal, una acción ejecutiva forzada por el *ius preferendi* y el *ius perseguendi*, que se rige por trámites especiales, se sostiene que, si bien es cierto que el derecho de ejecutar lo tienen todos los acreedores, si la cosa ha salido del patrimonio del deudor, ese derecho, que ya no tienen los acreedores quirografarios sí el hipotecario, lo que es, ni más ni menos que manifestación de un derecho sustancial preexistente a la ejecución.<sup>3</sup>

La hipoteca afecta al bien, es inherente a él y es por ello que el acreedor puede perseguirlo aunque haya pasado a manos de un tercero, ejercitando su poder sobre él directamente, y no por intermedio de otros; y es por ello también que, realizado, su valor se aplica preferentemente a la satisfacción del acreedor hipotecario; facultades de las que carecen los acreedores quirografarios, que tiene el *ius distrahendi* sólo mientras el bien permanece en el patrimonio del deudor, lo que nos indica la preexistencia de un derecho sustancial y no simplemente procesal, que modifica la condición jurídica del bien.

Por otra parte, los deberes que corresponden al dueño del inmueble hipotecado y que podrían resumirse en el de no dañar la cosa objeto de la garantía, son anteriores e independientes de la fase ejecutivo-procesal, operando con prescindencia de la misma, y que no podrían explicarse fuera del derecho sustantivo.

## **CARACTERES**

El inmueble gravado con la hipoteca queda en poder del deudor, quien está facultado para continuar explotándolo y disponer de él en la forma que crea más conveniente, con la salvedad de las limitaciones impuestas (art. 3157). El inmueble hipotecado queda afectado al pago del crédito y puede ser vendido por el acreedor para cobrarse con su precio. El acreedor hipotecario se encuentra, en consecuencia, munido contra su deudor de dos acciones diferentes: una, la acción personal que nace del préstamo u operación jurídica que da lugar al otorgamiento de la garantía hipotecaria; otra, la acción real, nacida de la hipoteca misma. Ordinariamente estas dos acciones de ejercen conjuntamente: si el deudor no paga, el acreedor reclama el pago de su crédito (acción personal) y procede a la ejecución y venta del bien para cobrarse con su precio (acción real). Pero puede ocurrir que estas dos acciones se encuentren separadas, que

cada una de ellas vaya a recaer sobre dos patrimonios diferentes, como en los dos casos siguientes: 1º cuando el deudor enajena el inmueble hipotecado y la acción hipotecaria se ejerce contra el tercer poseedor en el concepto estricto de la palabra (art. 3165); 2º cuando la hipoteca ha sido constituida por un tercero sin obligarse personalmente (art. 3121).

Los caracteres de la hipoteca suelen clasificarse en esenciales y naturales. Los primeros son aquellos sin los cuales la hipoteca no sería tal y en su defecto, la constitución hipotecaria estaría afectada de nulidad. Los segundos, aquellos de cuya ausencia no deriva la inexistencia de la institución, en consecuencia las partes pueden dejar de lado aunque si nada dijeran en sus pactos, la figura gozará de ellos.

1- **Derecho real:** lo enumera como tal el Cód. Civil (art. 2503) y nos los dice la definición legal (art. 3108); ella crea un jus in rem, en virtud del cual la cosa queda afectada al pago de la obligación.

Como consecuencia de este carácter, la hipoteca engendra a favor del acreedor hipotecario dos derechos que son los que determinan todo el valor jurídico y económico de ella:

1º *el derecho de preferencia* (jus preferendi), se ejerce sobre el precio del inmueble gravado con la hipoteca, en el caso de haber sido vendido y concurrir otros acreedores que pretenden también cobrarse con él (arts. 3934 a 3938).

2º *el derecho de persecución* (jus persecuendi), constituye un auxiliar poderoso del derecho de preferencia, en virtud de él el acreedor hipotecario está facultado para perseguir la cosa en manos de los terceros a quienes haya sido transmitida y hacerles exigir el pago de la deuda; si no la pagan el acreedor hipotecario la hace vender y se cobra sobre el precio, como si ella se encontrase en manos del deudor (arts. 3162 y 3163).

2- **Carácter accesorio:** es un derecho real accesorio de un derecho personal que debe consistir en un crédito cierto y determinado en dinero. Así lo dispone el art. 524 Cód. Civil: “*Accesorios de la obligación vienen a ser no sólo todas las obligaciones accesorias, sino también los derechos accesorios del acreedor, como la prenda o la hipoteca.*” Aclaremos que la hipoteca es accesorio de la obligación pero no obligación accesorio, puesto que se trata de un derecho real al que no corresponde obligación alguna <sup>4</sup>.

Por esa calidad de derecho accesorio de una obligación, es que el art. 2317 Cód. Civil dispone que “son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis”, los cuales quedan ubicados dentro de la categoría de cosas muebles (art. 2319).

El carácter accesorio de la hipoteca da lugar a las siguientes consecuencias prácticas:

1° la hipoteca sigue la suerte y la condición jurídica del crédito que garantiza; ejemplo: si el crédito es un bien ganancial, la hipoteca también lo es.

2° la competencia de los tribunales para entender en todo lo relativo a la ejecución de la hipoteca, se determina por la competencia para entender en la obligación principal.

3° la hipoteca se extingue, por vía de consecuencia, por el pago y por todos los demás modos que puedan dar lugar a la extinción del crédito garantizado con ella (arts. 525 y 3187).

4° la prescripción del crédito garantizado es independiente de la extinción de la hipoteca por el transcurso del plazo de diez años, que la ley señala para su duración (art. 3197), puede extinguirse la hipoteca y quedar subsistente aquél.

5° la hipoteca no puede existir sin el soporte de una obligación principal a la cual sirva de garantía, la nulidad de ésta entraña, en principio, la nulidad de aquella.

6° ordinariamente la obligación garantizada y la hipoteca constan en la misma escritura pública, la ejecución se hace a base de esta escritura que comprende al mismo tiempo la obligación principal y la accesoría. Pero puede ocurrir que por el importe de la obligación se hayan otorgado pagarés, garantizándose su pago por medio de la hipoteca constituida en la respectiva escritura pública: la ejecución debe hacerse en tales casos a base de los pagarés, porque ellos constituyen la obligación principal (art. 3202 Cód. Civil).

7° la hipoteca se transmite con el crédito al cual sirve de garantía, si éste es cedido la hipoteca pasa al cesionario (art. 1458); si el acreedor fallece, la hipoteca pasa a sus herederos o legatarios, junto con el crédito que garantiza (arts. 3417 y 3786, in fine Cód. Civil).

3- **Convencional**: está categóricamente determinado por el art. 3115 que establece que “*no hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta en este título.*”

4- **Publicidad:** como todos los derechos reales, debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, a fin de que pueda ser opuesta a terceros (art. 2505 Cód. Civil).

Antes de sancionarse la Reforma del Código Civil, en el sistema de Vélez, éste era el único derecho real que se publicitaba a través de la inscripción registral estatuyéndose como sistema de publicidad para los demás la tradición.

La sustitución de la tradición por la inscripción en el caso de la hipoteca aparece obvia, puesto que en este derecho real no hay entrega de la cosa al acreedor hipotecario.

5- **Especialidad:** dice el art. 3109 Cód. civil que “*No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada...*”

La especialidad tiene un doble aspecto:

a) en cuanto al inmueble, o sea, al objeto de la hipoteca: en verdad todos los derechos reales gozan de esta característica, pues el objeto del derecho real es siempre una cosa cierta e individualmente determinada. La sanción para el incumplimiento del requisito de la especialidad es la nulidad de la hipoteca –arts. 3133 y 3148 Cód. Civil- pudiendo tal nulidad ser alegada por los terceros (adquirentes del inmueble o acreedores del propietario) y aún por el deudor.

Sin embargo, luego de determinarse en los arts. 3131 y 3132 Cód. Civil, las enunciaciones que debe contener el acto constitutivo de la hipoteca, para cumplir con el carácter de especialidad, establece el art. 3133: “*La constitución de la hipoteca, no se anulará por falta de alguna de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falta. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo.*”

b) en cuanto al crédito: la finalidad es la misma que cuando se refiere al inmueble, se justifica tanto por el interés de los terceros –futuros adquirentes del inmueble hipotecado o acreedores de su propietario- cuanto por el del propio constituyente.

Hasta aquí se ha tratado los caracteres esenciales de la hipoteca, a continuación la dedicación es al carácter natural de la misma.

6- **Indivisibilidad:** este carácter se concreta diciendo que en su virtud “cada una de las cosas hipotecadas a una deuda y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella” – art. 3112 Cód. Civil.

Tiene lugar tanto activa (desde el punto de vista del acreedor) como pasivamente (desde el punto de vista del deudor).

Como la hipoteca es un accesorio de crédito, su indivisibilidad no influye sobre la divisibilidad de éste, que siempre reviste tal carácter, ya que se trata de una obligación de dar sumas de dinero.

La hipoteca es un accesorio de la obligación del deudor, y no puede, por lo tanto, alterar la naturaleza de la obligación principal, que tiene por objeto la entrega de cosas divisibles, y que es por eso una obligación divisible. La indivisibilidad no impide la división de la obligación principal.<sup>5</sup>

Consecuencias:

a) Aún cuando se haya pagado parte de la deuda, la hipoteca sigue afectando la totalidad de la cosa o cosas hipotecadas, de modo que puede ejecutarse toda(s) la(s) cosa(s) gravada(s), para lograr el pago del saldo deudor, por reducido que sea.

Por eso es que el art. 3188 Cód. civil dispone en su primera parte que *“el codeudor o coheredero del deudor que hubiese pagado su cuota en la hipoteca no podrá exigir la cancelación de la hipoteca, mientras la deuda no esté totalmente pagada”*.

b) Si hay varios deudores, el que tenga la cosa hipotecada en su poder puede ser demandado por el todo de la deuda.

c) Si hay varias cosas hipotecadas al mismo crédito, el acreedor puede ejecutar una sola de ellas por el todo de la deuda.

d) como la indivisibilidad tiene lugar no sólo pasiva, sino también activamente, si existen varios coacreedores hipotecarios en relación a un inmueble, el pago de la porción de uno deja subsistente la garantía a favor de los otros que, sin bien no pueden demandar más que su parte en el crédito, por esa parte pueden ejecutar todo el inmueble gravado.

## **OBJETO DE LA HIPOTECA**

La extensión de la hipoteca en relación a su objeto está establecido por el art. 3110, que determina lo que debe considerarse comprendido en la garantía: *“La*

*hipoteca de un inmueble se extiende a todos los accesorios mientras estén unidos al principal; a todas las mejoras sobrevinientes al inmueble, sean mejoras naturales, accidentales o artificiales, aunque sean el hecho de un tercero; a las construcciones hechas sobre un terreno vacío; a las ventajas que resulten de la extinción de las cargas o servidumbres que debía el inmueble; a los alquileres o rentas debidas por los arrendatarios; y al importe de la indemnización concedida o debida por los aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el propietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado, no están sujetas a la hipoteca.”*

Juegan los arts. 2315 –inmuebles por accesión física-, el 2316 – inmuebles por accesión moral-, y también el art. 2322. El determinar cuándo una cosa mueble entra en la categoría de inmueble por accesión física o moral es cuestión de hecho y muchas veces los casos que se presentan serán de no muy clara solución.

Se han presentado serios problemas respecto, sobre todo, de las instalaciones y maquinarias introducidas en un inmueble en vista de la actividad que en él se desenvuelva. Se han dado distintas soluciones. Opina Mariani de Vidal<sup>6</sup>, que la pauta para realizar la determinación sería: si el inmueble, cualquiera fuese el propietario, por su misma naturaleza tuviera un destino determinado, todos los muebles afectados a su cumplimiento quedarían comprendidos en la garantía, por caer dentro de la previsión del art. 2316 Cód. Civil. Si ello no ocurre, debe considerarse que los muebles han sido colocados teniendo en mira la profesión del propietario y, por consiguiente, exentos de la garantía, por aplicación del art. 2322 Cód. Civil.

Cabe agregar que las convenciones de las partes, incluyendo o excluyendo determinados bienes de la garantía, carecen de valor, puesto que tanto los privilegios como los derechos reales, reposan en plexos normativos de orden público, que las convenciones particulares no pueden modificar, a menos que la ley lo autorice expresamente, lo que aquí no sucede.

## **CRÉDITOS QUE GARANTIZA**

***Según el art. 3108 la hipoteca se constituye en seguridad de un “crédito cierto en dinero”.***

Pareciera, pues, que otro tipo de obligaciones no podrían ser garantizadas. Sin embargo, la segunda parte del art. 3109 Cód. Civil permite que lo sean las obligaciones condicionales, o de valor indeterminado, o eventuales, de hacer, de no

hacer o aun de dar cosas ciertas o cantidades de cosas que no fueran dinero, con un solo requisito: “que se declare el valor estimativo en dinero en el acto constitutivo”.

**Extensión del crédito garantizado:** juegan los arts. 3111, 3936 y 3937 Cód. Civil, los cuales se refieren a costas y gastos, daños e intereses, a intereses anteriores y posteriores a la constitución de la hipoteca, a intereses anteriores y posteriores a la ejecución y a las costas de la ejecución.

Es menester distinguir dos aspectos: los arts. 3111 y 3112 rigen las relaciones entre las partes contratantes y sus sucesores, mientras que los arts. 3936 y 3937 colocan al acreedor hipotecario frente a otros acreedores del constituyente para reglar el privilegio que le corresponde cuando concurren sobre el precio del inmueble hipotecado, obtenido en su ejecución forzada.

## **CONSTITUCIÓN**

Contrato hipotecario: la hipoteca sólo puede constituirse por contrato, ya que Vélez radió de nuestro derecho positivo las hipotecas legales y judiciales (art. 3115 y nota).

Podrá celebrarse en un mismo acto la constitución de la hipoteca y la de la obligación a que ésta accede o puede acordarse una hipoteca en garantía de una deuda preexistente, o formalizada separadamente.

Toda constitución hipotecaria debe ser aceptada por el acreedor (art. 3130).

La aceptación puede ser hecha posteriormente por el acreedor. Si es posterior al acto en que la hipoteca se otorga, opera retroactivamente al día mismo de su constitución.

Respecto de la forma que debe revestir el contrato de constitución de hipoteca, el art. 3128 determina que sólo podrá serlo por escritura pública o por documentos que sirviendo de títulos al dominio o derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. En el caso de subasta judicial recordemos que no es necesaria la escritura pública (art. 1184) de donde el auto aprobatorio y sus antecedentes sirven como título suficiente de dominio.

El art. 3131 indica las enunciaciones que obligatoriamente debe contener el acto constitutivo de la hipoteca, y que se refiere a la individualización de las partes contratantes, de la obligación garantizada y del inmueble afectado.



La falta de alguna de las enunciaciones mencionadas acarrea la nulidad de la constitución hipotecaria, salvo que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falta. Corresponde a los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaciones del acto constitutivo de la hipoteca (art. 3133).

**Condiciones de fondo:** según el art. 3119 para constituir hipotecas es necesario ser propietario del inmueble que se hipoteca.

Constituyendo la hipoteca una manera de enajenación del bien<sup>7</sup> es necesario tener capacidad de enajenar bienes inmuebles. Agrega el art. 3118: *“Los que no pueden válidamente obligarse, no pueden hipotecar sus bienes”*. Pero aunque puedan válidamente obligarse, si no tienen aptitud de disponer de sus bienes inmuebles, no pueden constituir hipoteca.

En el caso de falta de capacidad el acto será nulo, de nulidad relativa, y la situación se regirá por los principios generales (arts. 1040 y conc. Cód. Civil).

La hipoteca de un inmueble ajeno es nula (art. 3126), nulidad que puede ser alegada por el propietario del inmueble, por aquellos a quienes el constituyente hubiese vendido el inmueble después de ser dueño de él y aun por el mismo constituyente, a menos que hubiese obrado de mala fe (art. 3127).

Recuerdo que en materia de hipotecas no rige el principio de la convalidación establecido como regla general para los demás derechos reales en el art. 2504.

La hipoteca puede constituirse no solo por el deudor, sino también por un tercero, quien puede obligarse personalmente también por el pago de la deuda, o no hacerlo. Si se limita a constituir la hipoteca para garantizar una deuda ajena, no queda obligado personalmente.

En el primer caso estaríamos frente a una situación similar a la del llamado “tercer adquirente” y en el segundo a la del denominado “tercer poseedor”.

## **PUBLICIDAD HIPOTECARIA**

La hipoteca es el único derecho real respecto del cual, no pudiendo jugar la tradición, Vélez aceptó que su publicidad debía cumplirse a través de su inscripción registral.

La Reforma de 1968, que hizo necesaria la inscripción de los actos de constitución, modificación, transferencia o extinción de todos los derechos reales, a los

efectos de su oponibilidad a terceros, así como las leyes 17.801 sobre régimen nacional de los Registros de la Propiedad Inmueble, y 20.089 que reformó los arts. 3137 y 3149 Cód. Civil y el art. 5 de la ley 17.801, en punto a los plazos de inscripción, repercutieron sobre las normas que al respecto contiene el Cód. Civil.

En cuanto a su inscripción, dice el art. 3134 que *“La hipoteca constituida en los términos prescriptos debe ser registrada y tomada razón de ella en un oficio público destinado a la constitución de hipotecas o registro de ellas, que debe existir en la ciudad capital de cada provincia, y en los otros pueblos en que lo establezca el gobierno provincial.”*

La inscripción es requerida a los efectos de que la hipoteca pueda ser opuesta a terceros.

Por el conocimiento que tienen de la constitución, queda obviado el requisito de la inscripción en ciertos casos. Por eso dice el art 3135: *“...Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano, y testigos, no pueden prevalecerse del defecto de inscripción, y respecto de ellos la hipoteca constituida por escritura pública se considera registrada.”*

También la hipoteca se considera registrada respecto de un acreedor a cuyo favor se haya otorgado una hipoteca, si habiéndose constituido antes otra a favor de otro acreedor, la que se encuentra pendiente de inscripción y teniendo conocimiento aquél de estas circunstancias, la hace inscribir primero. Aunque materialmente sea inscripta primero la que se constituyó después, en razón de la mala fe del acreedor, ésta será pospuesta por la que se constituyó antes, aunque se inscriba con posterioridad.

1- *Plazo para inscribir*: según el ar. 3137 *“El registro debe hacerse en los seis día siguientes al otorgamiento de la escritura hipotecaria, para que la hipoteca tenga efecto contra terceros...”*

Esta norma fue reformada por la ley 20.089 que amplió el plazo de 6 a 45 días.

Los arts. 3149 y 3150 determinan la significación del plazo para inscribir: si toma razón de la hipoteca dentro del término legal, ésta tendrá efecto contra terceros desde la fecha de su constitución, la inscripción operará retroactivamente a tal día; en cambio, si ésta se efectúa después de transcurrido el aludido termino, la garantía será oponible a terceros a partir de la fecha de la inscripción, el efecto retroactivo es un premio para las hipotecas inscriptas dentro del plazo legal.

En cuanto a quiénes pueden pedir la inscripción, dice el art. 3140:

- a). El que transmite el derecho o su representante (constituyente de la hipoteca)
- b). El que lo adquiere, o su representante (acreedor hipotecario)
- c). El que tenga interés en asegurar el derecho hipotecario (por ejemplo un acreedor del acreedor hipotecario).

2- *Duración de la inscripción*: los arts. 3151 y 3197 Cód. Civil determinan que los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de veinte años, si antes no se renovara, transcurrido este plazo y en defecto de renovación, los efectos de la inscripción se extinguen o desaparecen, aunque la hipoteca sigue subsistiendo y queda con los alcances de una hipoteca no inscrita.

La renovación de la inscripción antes del vencimiento del término de la primera registración, es a todas luces conveniente, porque prolongará sin intervalo la oponibilidad a terceros de la hipoteca. Los efectos de la reinscripción comenzarán a partir de la fecha en que ésta se efectúe, es decir que desde ese momento empezará a correr el nuevo plazo de veinte años, y no a partir del vencimiento de la primera inscripción.

3- *Renovación de la hipoteca*: no se necesita la conformidad del deudor, puesto que la hipoteca subsiste y se considera para él registrada (art. 3135 Cód. Civil), ni menos, orden judicial, sino que el acreedor que en la práctica será quien más interés tenga en la oponibilidad erga omnes de la hipoteca, puede directamente solicitar la renovación de la inscripción en el Registro de la Propiedad, aunque hubiera vencido el término de la primera inscripción.

El deudor no puede oponerse a la inscripción. Si la considera lesiva a sus derechos (por ejemplo porque hubiera pagado la deuda), deberá solicitar su nulidad (y esto vale también para la primera registración) u oponer las excepciones a que se considere con derecho al ser ejecutado (art. 3200 Cód. Civil).

## **RELACIONES ENTRE EL CONSTITUYENTE Y EL ACREEDOR**

Conforme al art. 3157 Cód. civil, “*el deudor propietario del inmueble hipotecado conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad*”.

Si bien la norma se refiere al “deudor propietario”, también resulta aplicable en el supuesto de que la hipoteca sea constituida no por el deudor, sino por un tercero sin obligarse personalmente.

La hipoteca no restringe, en principio, las facultades del propietario. Puede enajenar el inmueble y/o sus frutos, realizar construcciones o reformas, etcétera.

Está impedido realizar respecto del bien, cualquier acto material o jurídico cuya consecuencia sea la disminución del valor del inmueble, sobre el cual en definitiva ha de hacerse efectiva la acreencia del titular de la garantía.

El propietario puede constituir otras hipotecas sobre el mismo inmueble, como ellas cobrarán según la fecha de su inscripción, la que determina su rango o grado, y no a prorrata, estas constituciones no perjudicarán al acreedor hipotecario de grado ulterior.

### **RELACIONES ENTRE LOS ACREEDORES HIPOTECARIOS Y LOS TERCEROS POSEEDORES PROPIETARIOS**

Dispone el art. 3162 Cód. Civil: *“Si el deudor enajena, sea por título oneroso o lucrativo, el todo o una parte de la cosa o una desmembración de ella, que por sí sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor. Pero si la cosa enajenada fuera mueble, que sólo estaba inmovilizada y sujeta a la hipoteca, como accesoria del inmueble, el acreedor no podrá perseguirla en manos del tercero poseedor.”*

Si el deudor que ha hipotecado un inmueble de su propiedad a fin de garantizar su deuda lo enajena, el tercero que lo adquiere tiene dos opciones: asumir la deuda o no hacerlo.

1. Si asume la deuda, él mismo se convierte en deudor del crédito, el cual tiene como accesorio a la hipoteca, de modo que responde por aquel con todo su patrimonio, y no puede abandonar el inmueble para liberarse.

Para que el adquirente se convierta en deudor frente al acreedor hipotecario, es necesario que éste lo acepte como tal. Al ser aceptado como deudor, el tercero recibe el nombre de tercer adquirente.

Si no es aceptado como deudor por el acreedor hipotecario, responderá frente a éste como si no hubiera asumido la deuda, sólo con el inmueble y como propietario del mismo.<sup>8</sup>

La simple aceptación del acreedor respecto del nuevo deudor que adquirió el inmueble hipotecado, no implica la liberación del anterior deudor, si el

acreedor no se la acuerda en forma expresa (art. 814 Cód. Civil), de modo que el acreedor tendrá dos deudores: el primitivo y el nuevo que, además, por ser propietario de la cosa hipotecada, tendrá que soportar la ejecución de ésta (delegación imperfecta).

En cambio, si el anterior deudor es liberado expresamente por el acreedor, se operará una delegación perfecta o novación por cambio de deudor, y el acreedor tendrá así un solo deudor que, a su vez, es propietario del inmueble afectado por la garantía, ejecutará el crédito con el accesorio de la hipoteca.

2. Si el adquirente no asume la deuda, o si la asume pero el acreedor no lo acepta como deudor, o si se trata de una persona que ha hipotecado un inmueble propio para garantizar una deuda ajena, pero sin obligarse personalmente, entonces no reviste el carácter de deudor del crédito, pero como propietario de la cosa hipotecada tiene que soportar que el acreedor ejerza sobre ella su derecho real, que por ser erga omnes le permite perseguirla en manos de quien se encuentre.

Pero como este adquirente no es deudor, una vez agotado el asiento de la hipoteca, no puede ser perseguido en otros bienes de su patrimonio si quedara un saldo impago, puesto que solo responde con la cosa hipotecada y como propietario de ella (art. 3165).

Este adquirente recibe el nombre de tercer poseedor, para denotar con más fuerza que sólo es responsable por su relación con la cosa.

## **EXTINCIÓN DE LA HIPOTECA**

Siendo la hipoteca un derecho accesorio, todas las causales que originen la extinción de la deuda que garantiza, acarrearán su propia extinción; no así a la inversa, con lo cual va dicho que existen causas propias de extinción de la hipoteca que no afectan al crédito y casos en los que la hipoteca se extingue por vía de consecuencia.

Por vía de consecuencia, dice el art. 3187 que *“la hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones.”*

Respecto del pago, aclara el art. 3189: *“El pago de la deuda hecho por un tercero subrogado a los derechos del acreedor, no extingue la deuda.”* Y el art. 3192, relativamente al pago por consignación, dice: *“La consignación de la cantidad debida, hecha por el deudor a la orden del acreedor, no extingue la hipoteca antes que*

*el acreedor la hubiese aceptado o que una sentencia pasada en cosa juzgada le hubiese dado fuerza de pago.”*

En caso de la novación, el art. 3190 en concordancia con los arts. 803 y 804 Cód. Civil, establece: *“Si el acreedor, novando la primera obligación con su deudor, se hubiere reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continúa garantizando la nueva obligación.”*

Además de las mencionadas, el Código establece distintas causas de extinción de la propia hipoteca, las cuales a pesar de producir el aniquilamiento de la garantía, dejan subsistente el crédito al cual ésta accede.

En primer término se encuentra la renuncia, que debe ser expresa y constante en escritura pública, consistiendo el acreedor la cancelación de la hipoteca (art. 3193).

El art. 3195 determina que si el inmueble hipotecado tiene edificios y éstos se destruyen, la hipoteca subsiste sólo sobre el suelo, pero no sobre los materiales que formaban el edificio. Si éste es reconstruido, la hipoteca vuelve a gravarlo.

Por la resolución de los derechos del constituyente, dice el art. 3194: *“La extinción de la hipoteca tiene lugar cuando el que la ha concedido no tenía sobre el inmueble más que un derecho resoluble o condicional, y la condición no se realiza, o el contrato por el que lo adquirió se encuentra resuelto.”*

Otra de las causales propias de extinción de la hipoteca es la reunión en una misma persona, de las cualidades de propietario irrevocable del inmueble y acreedor hipotecario (art. 3198).

En la nota al art. 3198 se hace referencia al pago por entrega de bienes – dación en pago- y allí se afirma que cuando la obligación se extingue por la dación en pago y con ella la hipoteca, ésta se debe revivir si el acreedor es vencido en el dominio de la cosa recibida en pago. La dación en pago no extingue el crédito antiguo y sus accesorios, sino cuando hay una traslación irrevocable del dominio.

Otro supuesto especial de extinción de la hipoteca regula el art. 3196 y nos interesa en el estudio que estoy realizando. En este caso, la hipoteca se extingue respecto del comprador del inmueble en remate judicial, quien lo adquiere libre de hipotecas, si se hubieren cumplido las condiciones del artículo.

### **CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA**

Es el acto jurídico por el cual se deja sin efecto la inscripción del gravamen en el Registro de la Propiedad.

No debe confundirse la cancelación, que hace a la inscripción, con la extinción de la hipoteca, que hace al derecho mismo, si bien en algunos supuestos la cancelación será una consecuencia de la extinción.

La cancelación puede ser voluntario o judicial. La cancelación voluntaria tiene lugar cuando, ya sea por acuerdo entre constituyente y acreedor hipotecario, o por acto voluntario y unilateral de este último, actos que deben constar en escritura pública, el Registro procede a dejar sin efecto la inscripción.

Si el acreedor hipotecario no quisiese o no pudiese prestar su consentimiento a los efectos de la cancelación, ésta puede solicitarla el constituyente de la hipoteca, o sus sucesores universales o particulares, por vía judicial, demostrando que se encuentra configurada cualquiera de las hipótesis previstas en el art. 3200 –la nulidad de la hipoteca por vicios de fondo o forma, la extinción de la hipoteca o la del crédito que la garantiza, etcétera.

Según los arts. 3151 y 3197, los efectos de la inscripción de la hipoteca se extinguen pasados 20 años desde el registro, si ésta no se renovare.

En consecuencia, pasado dicho término, la inscripción queda sin efecto, sin necesidad de petición alguna; es este pues, un supuesto en que la cancelación se opera de pleno derecho.

## **CAPÍTULO II**

### **JUICIO HIPOTECARIO**

Para el caso de tener que hacer valer judicialmente los derechos emergentes de la hipoteca, suelen distinguirse dos supuestos:

a) si lo que se persigue es el cobro de la deuda, que lleva como anexo la hipoteca, nos encontraríamos frente a una acción personal.

b) si lo que se ejecuta no es ya la deuda, sino que se pone directamente en movimiento el derecho real hipotecario, que permite perseguir la cosa contra terceros, este derecho real pasa a primer plano y la acción respectiva es una acción real.

Otros sostienen que en todas la hipótesis se trataría de una acción real, pues en todos los casos el acreedor hace valer el derecho real que le compete sobre la cosa hipotecada.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reglamenta a la acción hipotecaria como una ejecución especial, bajo el acápite de “ejecución hipotecaria” (arts. 597/99).

El Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe también reglamenta la acción hipotecaria como una ejecución ejecutivo especial, en los artículos 510 al 516.

Generalmente nos enfrentaremos a un juicio ejecutivo, porque es lo normal que la escritura que instrumenta la hipoteca, instrumente también el crédito garantizado, y entonces procederá aquella vía procesal, dado que el título que documenta el crédito traerá aparejada ejecución, por tratarse de un instrumento público.

Mas no en todos los casos sucederá así, porque en ciertas hipótesis, la prueba del crédito habrá que rendirla en un juicio de conocimiento, por no constar en un documento que por sí tenga fuerza ejecutiva a tenor de las leyes rituales.

Así, cuando la hipoteca se constituye para garantizar una obligación de hacer, cuyo incumplimiento dará origen al nacimiento del crédito por indemnización de los perjuicios, que estará respaldada por la garantía. O cuando se constituye para seguridad de créditos eventuales o futuros, posibilidad admitida en los arts. 3109 y 3153 Cód. Civil.



## **NATURALEZA JURÍDICA DE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA**

Existe discordancia entre los autores sobre este punto.

a) Para una primera posición, se trata de una acción personal, pues la hipoteca constituye una garantía accesoria de un derecho personal.

En este sentido, se orientan los siguientes fallos:

1- La acción hipotecaria es de carácter personal, por cuanto lo principal es el préstamo en dinero y lo accesorio (lo real) es la garantía hipotecaria.

(Cám. 3º Civ. y Com. Córdoba, 15/5/56, RepLL, 1959-XX-623)

2- La ejecución de un crédito con garantía hipotecaria es una acción de carácter personal, no es la garantía lo que determina la competencia, sino el mutuo que constituye la obligación.

(CNCiv., Sala B, 22/3/63, ED, 5-399)

3- En la ejecución hipotecaria lo que se persigue es el cobro del crédito, del cual la garantía es un accesorio.

(CNCiv., Sala B, 13/9/71, ED, 41-575; Sala F, 24/12/59, LL, 99-804)

4- La sucesión del deudor atrae todas las demandas que se deduzcan contra sus bienes, ya se trate de acciones personales o reales. Pero en todo caso, está fuera de toda duda que son atraídas las acciones personales y esa calidad de acción personal corresponde a la deducida en autos, pues se persigue el cumplimiento de la obligación de restituir una suma dada en mutuo, lo cual se funda en un típico derecho personal, sin perjuicio de la existencia, como accesoria, de una garantía hipotecaria.

(CNCiv., Sala A, 8/7/65, ED, 12-322)

5- La ejecución hipotecaria es una acción personal y es atraída por la competencia del juez de la sucesión del deudor.

(Cám. 1º Civ. y Com. Bahía Blanca, 20/3/70, ED, 35-771)

6- La ejecución de un mutuo con garantía hipotecaria es una acción de carácter personal, toda vez que lo que se ejecuta es el crédito garantizado por el derecho real de garantía, y por consiguiente aquélla resulta atraída por la sucesión del deudor.

(CNCiv., Sala C, 3/8/67, ED, 20-229)

7- La ejecución hipotecaria es una acción personal –en cuanto lo que con ella se persigue es el cobro del crédito del deudor- que resulta atraída por el sucesorio, toda vez que es el mutuo y no la garantía real que lo accede lo que determina la competencia.

(CNCiv., Sala D, 12/11/74, ED, 61-513)

8- La acción que por vía ejecutiva entabla un acreedor para cobrarse su acreencia garantizada con hipoteca, no es real sino personal; la faz real de la ejecución hipotecaria, sólo aparece en el ius persecuendi (cuando la cosa pasó a poder de terceros) o en el ius preferendi (cuando hay otros acreedores que concurren sobre la misma cosa).

(CNCiv., Sala D, 12/11/74, ED, 61-513)

b) Para otros autores el acreedor tiene dos acciones: una personal que proviene del crédito y una real emanada de la hipoteca que solamente se pone en juego cuando la cosa ha salido de manos del deudor.

En ese sentido se puede mencionar los fallos siguientes:

1- Producida la enajenación del bien hipotecado, el acreedor puede perseguir la cosa en poder del adquirente y pedir su ejecución y venta, como podría hacerlo contra el deudor; pero ello constituye una facultad del acreedor y no una obligación ineludible, ya que si el mismo prefiere, puede siempre ejercer contra el deudor primitivo la acción personal y obtener así la satisfacción del crédito.

(CNCiv., Sala A, 23/8/57, LL, 89-136)

2- En la especie se ejecuta una obligación personal de la cual la hipoteca sólo es la garantía accesoria. Por ello, bien se ha señalado en doctrina que todos los adquirentes del inmueble pueden ser perseguidos a los efectos de la ejecución de garantía. Esta es la ejecución típicamente hipotecaria y no la acción que puede ejercer el acreedor para que el deudor satisfaga el crédito garantizado con la hipoteca, pues ésta es la acción eminentemente personal, como que nace del derecho creditorio que tiene contraído el acreedor con su deudor. Ius distrahendi, ius persecuendi y ius preferendi son los tres aspectos que presenta el derecho hipotecario propiamente dicho, lo que debe ser tenido en cuenta para distinguir la acción por la que el acreedor persigue el cumplimiento contra el deudor o quien se haya hecho cargo de la deuda, de la acción ejercida contra el tercer poseedor. Es que podrá ser una misma escritura pública la de la hipoteca y la del

contrato a que acceda, de modo que la acción ejecutiva la tiene el acreedor cuando se dirige contra el deudor.

(CNCiv., Sala D, 27/7/79, ED, 84-708)

3- Ius distrahendi, ius persecuendi y ius preferendi son los tres aspectos que presenta el derecho hipotecario propiamente dicho, los que deben ser tenidos en cuenta para distinguir la acción por la que el acreedor persigue el cumplimiento contra el deudor o quien se haya hecho cargo de la deuda, de la acción ejercida contra el tercer poseedor.

(CNCiv., Sala D, 6/7/79, ED, 86-585)

c) Un tercer criterio indica que se trata de una acción real pues en cuanto el deudor no cumple, esté en manos de quien esté el inmueble, el acreedor ejerce la acción hipotecaria directamente contra la cosa, con una particularidad distinta de las acciones reales en general: no para poseer la cosa, sino contra su valor, para hacerla vender y cobrarse la deuda y accesorios (arts. 3152 y 3926 Cód. Civil).

La jurisprudencia que se inclina en tal sentido es la siguiente:

1- La hipoteca constituye la fuente, inmediata y autónoma, de la acción ejecutiva, la cual es por tanto, en su extensión y ejercicio independiente del crédito.

(CNCiv., Sala C, 17/4/61, LL, 104-759)

2- Las acciones por cobro de un crédito garantizado con hipoteca contra una sucesión, no están comprendidas en el artículo 3284, inciso 4° del Código Civil, por lo que no rige respecto de ellas el principio con arreglo al cual el juicio sucesorio atrae a las acciones personales que se sigan contra el deudor.

(CSJN, 11/11/80, ED, 91-661; Fallos, 125:214; 169:292; 175:179; 177:283; 197:39; 246:170).

d) Sostiene Highton que no está de acuerdo con ninguna de estas posiciones<sup>9</sup>.

Considerando que la hipoteca es un derecho real, no hay duda de que la acción es real, se dirija contra el deudor o contra el tercero; sin perjuicio de ello vemos que también existe una acción personal emanada de la relación creditoria, que se ejerce al mismo tiempo. La intimación de pago al deudor no parece tener nada que ver con la acción real: se pide al deudor el cumplimiento de la obligación personal. Si el deudor no

cumple con la intimación queda expedito el camino para continuar con la acción real, para obtener directamente el valor de la cosa.

Nuestro régimen jurídico se diferencia de otros sistemas en que se ejerce directamente la acción real y no es necesario el emplazamiento al deudor. Así, por ejemplo, el sistema español donde existen cuatro tipos de procedimientos; dentro de ellos el judicial sumario y el extrajudicial no ofrecen contienda, pues la fase de cognición no existe y todo en ellos es procedimiento de ejecución. No hay partes. El requerimiento al deudor tiene el carácter de una simple notificación de que va a procederse ejecutivamente y no la de un emplazamiento o citación. Se propone solamente que lleguen a noticia del deudor los planes del acreedor, pero el deudor no puede contestar nada ni interponer recursos ni defensas. Obviamente este tipo de procedimiento sólo puede existir cuanto tiene plena aplicación el principio registral de limitación, por lo que no sería aplicable en nuestro sistema legal.

Es decir que existiendo un crédito más una hipoteca, se ejercen ambas acciones, la real y la personal, en un solo juicio: la ejecución hipotecaria.

He dicho que cuando se da vida a un crédito hipotecario éste está compuesto por dos elementos:

- 1) Un lazo entre acreedor y deudor que da nacimiento al deber del sujeto pasivo de realizar lo prometido; y
- 2) Un derecho real que permite al acreedor obtener el provecho directamente de la cosa.

Si el deudor no cumple con la prestación que constituye el contenido de su obligación personal queda expedita la vía para el ejercicio del derecho real.

La acción personal se dirige sólo contra el deudor pues es la única persona que está relacionada jurídicamente con el acreedor. Luego se abre el camino de la acción real, que se dirige contra el inmueble hipotecado, y para ello es indiferente que el mismo pertenezca al deudor o a un tercero. La hipoteca confiere al titular un poder o ciertas facultades respecto de la cosa, que se ejercen directamente sin intermediación de persona alguna; por eso es irrelevante que el deudor sea el propietario o haya transferido la cosa. Puede ser una y la misma persona la del deudor y dueño del inmueble hipotecado, o pueden desdoblarse las calidades y ser uno el deudor y otro el propietario del inmueble.

Pero aunque el deudor esté en mora, hay una previa intimación judicial de pago de la deuda que es trámite irrenunciable e imprescindible; esta obligación de intimación de pago de la deuda para poder perseguir al inmueble es una restricción o

límite impuesto por la ley al titular del derecho real de hipoteca. Ello indica que, por ser accesorio el derecho real en nuestro ordenamiento, jamás puede ejercerse la acción real sin ejercer simultáneamente la personal, aun cuando podría suceder a la inversa. Por eso es un error decir que se ejecuta “la hipoteca” porque ella es sólo un accesorio del crédito que refuerza o asegura el cumplimiento de la obligación. En nuestro sistema, la hipoteca no es un derecho real sustantivo e independiente.

El procedimiento distinto que otorga la ley procesal en nuestro derecho no difiere mayormente de la acción ejecutiva común, siendo simplemente más rápido el trámite especial por la limitación de defensas y prueba y por disponerse en el despacho inicial ciertas medidas respecto del inmueble hipotecado (embargo, pedido de informes) y generalmente por haberse pactado en la escritura constitutiva ciertas prerrogativas a favor del acreedor que simplifican los trámites.

Pero no hay que engañarse y pensar que esta acción es de naturaleza tan diversa al juicio ejecutivo común en el que se embarga un inmueble del deudor. Siempre se requiere una intimación judicial de pago al deudor y una sentencia judicial que mande llevar adelante la ejecución y ordene hacer al acreedor íntegro pago del crédito. Sin crédito no hay juicio hipotecario. Sin intimación de pago al deudor, no hay juicio hipotecario.

En síntesis, sostiene que si bien la acción hipotecaria es real –para hacer vender la cosa y cobrarse- el juicio hipotecario comprende también y conjuntamente la acción personal nacida de la obligación con verdadero emplazamiento al deudor. El derecho real de hipoteca es accesorio al derecho personal de crédito. La acción real hipotecaria está subordinada al previo requerimiento personal para que el deudor cumpla con su obligación, u oponga las defensas que tenga; recién entonces, previo este proceso de cognición –aunque sea limitada- queda expedita la vía para continuar con la acción real.

Como fallos en que se considera que se ejercen dos acciones se pueden citar los siguientes, aunque aclaro que esta postura expuesta no comparte la idea de que pueda ejercerse sólo la acción real:

1- El acreedor hipotecario tiene contra su deudor dos acciones diferentes: la acción personal nacida del préstamo y la acción real, que nace de la hipoteca. Estas dos acciones se ejercen comúnmente en forma simultánea, pero puede suceder que se ejerzan en forma separada, de manera que cada una de ellas recaiga sobre patrimonio diferentes.

(CNCiv., Sala A, 23/8/57, LL, 89-136)

2- El ejecutante tiene contra su deudor dos acciones diferentes: una personal que nace del mutuo y otra real que nace de la hipoteca, que puede ejercerlas separada o conjuntamente. Si se despoja de la garantía hipotecaria, puede demandar el cobro del crédito como acreedor quirografario y pedir la venta de la parte indivisa.

(CNCiv., Sala B, 24/5/76, ED, 49-189)

3- Siendo la hipoteca una garantía accesoria, la acción de que dispone el acreedor es de carácter personal.

El ejecutante hipotecario tiene dos acciones diferentes contra su deudor: una personal que nace del mutuo y otra real, emanada de la hipoteca, pudiendo ejercerlas conjunta o separadamente.

No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraído la obligación principal, ya que puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente, la que se rige por los mismos principios que la constituido por el mismo deudor, con la salvedad de que el tercer se obliga únicamente hasta el monto de la garantía hipotecaria o sea sin obligarse con sus demás bienes por el remanente de la deuda que el gravamen no llegase a extinguir.

(Juzg. 1º Inst. Civil y Com. Rosario, 3º nom., 8/11/85, Zeus, 19/3/86)

### **CAPÍTULO III**

#### **REGIMEN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DE HIPOTECAS: EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL**

En congruencia con la finalidad que persigue, la de incrementar y fomentar las inversiones en materia de construcción y de vivienda, aunque luego tal finalidad aparezca desbordada<sup>10</sup>, la ley 24.441 crea, por su Título V, un régimen especial de ejecución de las hipotecas, tendiendo de este modo a facilitar la recuperación ágil de aquellas inversiones garantizadas con ese derecho real, inclusive en el caso de libramiento de letras hipotecarias.

Se fomentan la creación de nuevos institutos que permitan adecuar el servicio de justicia a la realidad de hoy, tremendamente distanciada de los tribunales. El propósito de esta innovación introducida en nuestro derecho positivo obedece al deseo de estimular el crédito para la vivienda y paralelamente dar al acreedor la suficiente garantía de celeridad para el supuesto de ejecución.

La novedad fundamental de este régimen especial, consiste en lo que Morello<sup>11</sup> denomina “privatización de las ejecuciones hipotecarias”. Esto es, deriva a manos del acreedor hipotecario (quien ejercerá sus facultades a través de los profesionales que él designe: el escribano y el martillero) la mayoría de los trámites propios de la ejecución hipotecaria, de allí que se la haya denominado “ejecución extrajudicial”, aunque esta vía no se emancipa totalmente de la intervención del juez. Morello califica a esta última nota como el “talón de Aquiles” del ordenamiento, en tanto opina que la intervención judicial permitirá al deudor cobijarse, aun en las limitadas oportunidades que la ley le brinda, en sus pliegues y repliegues, para aprovecharlas a efecto de retardar el trámite.

Se insiste en llamarla “ejecución extrajudicial”, a pesar de que esta denominación ha sido observada, diciendo que existe en realidad intervención de la jurisdicción, lo que en los hechos resulta cierto, y aun cuando en el debate parlamentario anterior a la sanción de la ley se propuso y se aceptó la eliminación del vocablo “extrajudicial” respecto del régimen establecido en los arts. 53 y siguientes de la ley que constaba en el proyecto originario del Poder Ejecutivo<sup>12</sup>, pues lo cierto y concreto es que la intervención que le cabe al órgano jurisdiccional en este especial trámite es muy poco, limitado a aspectos que no hacen a su verdadera esencia y al menos en la intención y en la letra de la ley su papel se ensombrece, siendo que la finalidad de esa

normativa ha sido quitarla de su órbita (por ello justamente en el proyecto original se la denominó, con sinceridad, “ejecución extrajudicial”).

Es correcto cuando se afirma sobre que este especial procedimiento no se emancipa del ámbito judicial, sigue dependiendo de él, pero en un contorno nutrido de una filosofía “privatizadora”, donde el eje está dado en la subsidiariedad (lo que el acreedor o sus comitentes o delegados puedan hacer que lo hagan sin intervención judicial), y el poder decisorio de la jurisdicción y la garantía que ello conlleva para la ciudadanía en general quedan relegados.

La dinámica de este régimen viene caracterizada por las siguientes particularidades:

1) es un mecanismo especial, acelerado, de cobro; una ejecución de créditos pecuniarios garantizados con hipoteca.

2) el título ejecutivo especial, el documento base de la ejecución, es la letra hipotecaria emitida por el deudor e intervenida por el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la jurisdicción donde se encuentra el bien hipotecado, y/o los cupones representativos de la parte de ese crédito incumplido.

### **LAS NUEVAS LETRAS HIPOTECARIAS EN LA LEY 24.441**

El título III de la ley 24.441 introduce en nuestro derecho novedosas letras hipotecarias como títulos valores con características especiales.

La letra hipotecaria, como todos los títulos valores, es el documento cuya posesión resulta necesaria y suficiente para el ejercicio del derecho literal (es decir que el derecho sólo existe en la medida y con los alcances que surgen de la letra) y autónomo (es decir, independiente del negocio causal) incorporado a ella. También son requisitos indispensables que se deben cumplir en el supuesto de la letra hipotecaria creada por la ley 24.441: la formalidad (la letra debe ajustarse estrictamente a las formas indicadas en la ley porque al emitírsela se extingue por novación el negocio causal que le dio origen y nace otro, que tiene la medida consignada en la letra); la completividad (la letra se basta a sí misma para determinar el alcance del derecho incorporado a ella); y la abstracción (la relación que nace con la emisión de la letra de independiza de la relación causa).

Las letras deben contener (bajo pena de nulidad, por ser elementos constitutivos esenciales) las enumeraciones que edicta el art. 39 de la Ley 24.441. Ese elenco de datos componentes tiende a la plenitud y suficiencia, a la autonomía literal y



funcional de la letra que queda investida con la literalidad de título ejecutivo especial. No da pie para la “letra chica” porque de conformidad a la buena fe de esos datos individualizan con transparencia: los legitimados, el lugar de emisión, el monto de la obligación incorporada a la letra, determinado (cierto y líquido) en moneda nacional o extranjera, plazos, lugar en el cual debe hacerse el pago, tasa de intereses compensatorio y punitivo, ubicación del inmueble hipotecado, sus datos registrados y catastrales, la mención expresa de que la tenencia de los cupones de capital e intereses acredita su pago, y que el acreedor se halla obligado a entregarlos y el deudor a requerirlos.

Como característica relevante de estas letras, debe señalarse que ellas únicamente pueden ser emitidas respecto de las hipotecas en primer grado y consentirse expresamente su emisión en el acto de constitución de la hipoteca (art. 36 de la ley). Además, no impide al deudor transmitir el dominio del inmueble; el nuevo propietario inviste el carácter de tercer poseedor de la cosa hipotecada.

La nueva normativa permite la creación de letras que difieren de los clásicos letra y pagaré hipotecario del art. 3202 del Cód. Civil y las regula de un modo que se considera permitirá conseguir pronta liquidez con la inmediata transmisión de los créditos; además y fundamentalmente, la ley está encaminada a captar recursos a través de la titulización o securitización del endeudamiento por parte de entidades financieras, a fin de crear un mercado secundario en materia hipotecaria.

La finalidad que se perseguía era la de crear un título valor con un derecho real que lo garantizara y que permitiera la rápida circulación del crédito hipotecario incorporado, posibilitando de este modo dar liquidez a la inversión (facilitando el otorgamiento e instrumentación de créditos genuinos y accesibles destinados a la construcción y a la vivienda).

No obstante su nombre, la estructura de esta letra hipotecaria no es la de una letra de cambio. En la estructura básica de la letra de cambio normalmente intervienen tres personas: librador, tomador y girado, mientras que el nuevo instrumento introducido por este régimen, se circunscribe a dos personas: deudor y acreedor hipotecario, que tomarán la posición de librador y tomador del título. La letra de cambio legislada en nuestro derecho tiene requisitos propios sin los cuales no es tal, entre los cuales se cuenta la existencia de una tercer persona, el girado, de quien se espera que oportunamente acepte la letra, a tal punto que la cambial está redactada en forma de carta hacia un tercero al que se le pide que pague. La letra de cambio lleva la promesa del librador de hacer pagar a un tercero, girado. En la nueva letra hipotecaria la promesa de pago es personal y directa, la que proviene del librador hacia el tomador, sin contener

indicación de girado. En consecuencia, se puede asimilar mejor a un pagaré, documento en que se refunden los caracteres de librador y aceptante, asumiendo el suscriptor el rol de obligado principal y directo.

Como principio y en primer término, resultarán aplicables a los instrumentos de los que nos estamos ocupando las normas de la ley 24.441; pero además, su art. 44 dispone que “el derecho real de hipoteca incorporado al título se rige por las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca”; y el art. 46 establece que “al título valor son subsidiariamente aplicables, en cuanto resulten compatibles, las reglas previstas por el dec. ley 5965/63”.

Importante característica del nuevo título es que la emisión de letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca.

Habitualmente, el libramiento de un papel de comercio no importa automática extinción por novación del negocio jurídico extracambiarario por el cual se libró. En otros términos, el libramiento de la letra no extingue la relación fundamental que le sirve de causa, salvo que expresamente se establezca el efecto novatorio de tal libramiento. Tal principio ha sido expresamente adoptado por la ley cambiaria argentina (art. 61, decr.-ley 5965/63).

En contra de tales principios, la nueva ley ha dispuesto que la emisión de las letras hipotecarias extingue por novación la obligación que era garantizada por la hipoteca. De ahí se desprende que la novación que es de fuente legal, en consecuencia, se produce de pleno derecho. Se considera que también es de fuente legal y acaece de pleno derecho el traslado de la garantía de la obligación primitiva a la nueva obligación incorporada a la letra, con lo cual será innecesaria toda reserva pues la sola convención de constitución de hipoteca con emisión de letras hipotecarias lleva, dados los términos legales, claramente implícita tal decisión.

### **AMBITO DE APLICACIÓN**

Rige este régimen extrajudicial especial de hipotecas en todos aquellos casos en que expresamente así lo hubieran pactado las partes en el acto constitutivo de la hipoteca, ya sea en las clásicas hipotecas, como en aquellas acompañadas de la emisión de letras hipotecarias (art. 52).

En este último caso debe obrar la constancia, además, en los títulos valores y en los cupones, de conformidad con lo establecido en el art. 45.

Es decir que no opera esta forma de ejecución de la garantía real en forma automática sino que debe estar expresamente convenida por las partes. Independientemente de que este convenio se convierta en cláusula de estilo, debe incluirse en la escritura de constitución de hipoteca y asimismo en el cuerpo de la letra hipotecaria emergente de la misma y en cada uno de sus cupones para poder invocarlo. Es decir que en atención al principio de literalidad, debe obrar la constancia en las letras y en los cupones.

Caso contrario, no habiendo pacto, corresponderá ejecutar por vía judicial.

“La modificación del art. 598 del Código Procesal, dispuesta por el artículo 79 de la ley 24.441, resulta inaplicable a la ejecución hipotecaria extrajudicial que requiere de una expresa estipulación de los contratantes. De ello se sigue que, a partir de su entrada en vigencia, el nuevo procedimiento impuesto a las ejecuciones hipotecarias en el orden procesal de la Nación resulta aplicable a todas ellas en forma inmediata, sin que se reuniera haberlo pactado, en tanto tal recaudo sólo es exigible para la ejecución extrajudicial.”

(CNCiv., Sala L, “Cía. Financiera Atari S.A. c/ Ferias Abbot S.A. s/ ejecución hipotecaria”, 28-VIII-1995, B.J.C.C., sum. 6705).

Desde el ámbito notarial se ha propuesto que, cuando las partes se someten a este régimen especial, conste en la escritura hipotecaria que la parte deudora manifiesta conocer los términos estrictos de dicha ejecución, a la que se somete voluntariamente por haber entendido todos sus alcances, los que serán explicados por el notario así como se le han leído los artículos 52 a 67 de la ley 24.441. Se ha entendido que la necesidad de contar con la conformidad expresa del deudor obedece a que importa una renuncia al derecho a la jurisdicción pues el intento de rematar el inmueble, sin sentencia previa, puede dar lugar a planteos constitucionales.

## **CAPÍTULO IV**

### **ETAPA PREPARATORIA**

Como primera medida dispone el art. 53 que, transcurridos sesenta días contados a partir de la mora en el pago del servicio de amortización o intereses de la deuda, el acreedor deberá intimar al pago al deudor en forma fehaciente, advirtiéndole que, si dentro de los quince días no saldare íntegramente la cantidad cuyo pago se le reclama, el inmueble será rematado por la vía extrajudicial. “En el mismo acto se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado”.

Se observa que no figura entre las personas a denunciar el “tercer poseedor”, pues bien pudo garantizarse la deuda con un inmueble ajeno o haberse vendido el hipotecado por el deudor constituyente de la garantía. De todos modos, la existencia de un “tercer poseedor” habrá de surgir del informe que deberá acompañar el acreedor en la presentación judicial. Empero, de concurrir tal circunstancia, parece que la intimación de pago habrá de cursarse también contra él (arts. 3162 al 3164 Cód. Civil). De lo contrario, se estima que no podrá procederse a su lanzamiento extrajudicial, so pena de lesionar la garantía de la defensa que brinda al deudor el primer párrafo del art. 54 de la ley. Aparte de que las normas del Código Civil que acabo de citar no han sido dejadas expresamente sin efecto por la ley 24.441 y no deberían caer en la derogación genérica de su art. 97.

El artículo 53 significa que una vez que ha caído en mora el deudor, existe un plazo de gracia de sesenta días, transcurrido el cual se lo intima, otorgándole, a partir de ahí, otro plazo de quince días para que se pague lo adeudado. Esto último coincide con el plazo establecido por el artículo 1204, 2º párrafo del Código Civil, luego de la redacción sustituta dispuesta por la ley 17.711, que introdujo en nuestro derecho civil el denominado pacto comisorio tácito o legal.

La intimación a la que hace referencia sólo puede dirigirse al deudor que es el único relacionado jurídicamente con el acreedor. Sólo después de ella quedará expedita la vía contra el propietario del inmueble si no se trata de la misma persona.

La mora en estas obligaciones se produce de pleno derecho y por el solo vencimiento del plazo. Sin embargo, debe cumplirse con la intimación, pues es un trámite previo irrenunciable e imprescindible, y constituye una limitación impuesta por la nueva ley al titular del derecho real de hipoteca, que se adiciona a las limitaciones y

restricciones impuestas a los derechos reales. Obviamente, esta limitación tiene su razón de ser en las particulares características de la ejecución extrajudicial que luego sobrevendrá sin el marco del debido proceso.

Y aun cuando el deudor cae en forma automática en estado de mora y por el solo vencimiento del plazo, se debe esperar dos meses más el tiempo a la intimación (quince días, por lo menos, dice la ley) para que quede expedita la vía de la ejecución extrajudicial.

La intimación efectuada por el acreedor en forma directa, y por el medio, según la ley debe ser fehaciente, esto es, de aquellos que por sí solos hacen fe en juicio.

Admite como novedad la nueva norma que la intimación se efectúe en forma directa por el acreedor, sin necesidad de intervención judicial ni notarial alguna.

Puede ser por carta documento o telegrama colacionado, aunque de lege ferenda se menciona el acta notarial. Se admite que pueda realizarse en el domicilio constituido en la escritura hipotecaria y en la letra hipotecaria, en su caso.

Debe contener dicha intimación: el requerimiento concreto de pago de la suma que deberá ser consignada expresamente, el plazo para pagarla con la advertencia de que el inmueble será rematado, y que ello se hará por vía extrajudicial. Incluirá, además, el requerimiento para que el deudor denuncie el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado.

*“Aunque en el mutuo hipotecario se haya pactado el procedimiento de ejecución extrajudicial previsto por la ley 24.441, ante la imposibilidad de intimar de pago, al no ser recibida la carta documento, si el acreedor recurre a la vía judicial, la ejecución debe regirse por las disposiciones del Código Procesal para la ejecución hipotecaria, por lo que no puede pretender la ejecutada imprimir al proceso un trámite distinto, oponiendo las excepciones previstas en el artículo 64 de la ley citada.”*

(CNCiv., Sala L, 20-XI-1996, “Cusebnir, B. C/ Macías, R.”, B.J.C.C., nro. 1, 1997, sum. 9145).

*“En la hermenéutica de la ley 24.441 (art. 53) la intimación al pago tiene carácter esencial y no puede sustituirse por la iniciación de la demanda, por lo tanto, dicha intimación debe contener todos los elementos necesarios para operar la correcta interpelación del deudor.”*

(CNCiv., Sala F, 17-VI-1997, “Verzero, E. C/ Cristo, V. S/ Ej. Hipot.”, B.J.C.C., nro. 1, 1998, sum. 10.272).

## **EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA. ETAPA JUDICIAL**

Vencido el plazo de la etapa preparatoria que prevé el art. 53, e incumplido por el deudor el pago, el acreedor queda habilitado para presentarse ante el juez competente con la letra o cupones o con la respectiva escritura de hipoteca si se trata de una en la que no se hayan emitido títulos valores pero se haya pactado la ejecución especial, es decir, con el título hábil correspondiente y un certificado de dominio del bien gravado (esto último para verificar el estado jurídico del inmueble, la existencia de otros acreedores). Ello a fin de requerir, como medidas de aseguramiento del bien gravado: la verificación del estado físico y ocupación del bien y, en caso de que lo solicite, la desocupación del mismo si resulta que se encuentra ocupado. Aunque no parecen ser<sup>13</sup>, conforme surge de la ley, medidas meramente optativas para el acreedor sino ineludibles pasos previos a la realización del bien por el acreedor.

El juez debe dar traslado al deudor por cinco días a los efectos de que pueda oponer las defensas que prevé el artículo 64 de dicha normativa legal.

Se sostiene que este traslado que dicta la ley no puede sino ser previo a la orden de verificación del inmueble que peticione el acreedor. Tal conclusión surge en cuanto se confrontan los antecedentes parlamentarios de la ley 24.441.

Frente al proyecto originario del Poder Ejecutivo que solamente preveía la verificación del estado físico y de ocupación del inmueble y su eventual desocupación y que, en sus fundamentos, menciona “la posibilidad de la venta privada de la cosa con una reducida intervención judicial previa optativa, destinada a la desocupación del inmueble hipotecado”, el dictamen de la minoría en la comisión encargada de analizar el proyecto en la Honorable Cámara de Diputados observó el mismo sosteniendo que “hay una normativa de ejecución directamente extrajudicial de aparente rapidez pero de gran indefensión para el deudor”, por lo que se proponía regular una ejecución expeditiva pero con el amparo judicial que garantiza el procedimiento previendo un sumario trámite con audiencia del deudor en el que pudiera oponer limitadas defensas y se dicte sentencia.<sup>14</sup>

Es que si la finalidad tenido en mira por los legisladores ha sido la de dar cabida a la instancia judicial para garantizar, de ese modo, la debida defensa aunque sea en su mínima expresión a la que parece haber sido reducida con todos los riesgos que ello puede traer aparejado, para que el deudor pueda ejercer ínfimamente ese derecho, y tratando de mantener el principio de bilateralidad, carecería de todo sentido que ello

tuviera lugar contemporánea o posteriormente a la verificación del estado del inmueble hipotecado y consecuente intimación y desalojo.

Highton sostiene que en este caso las actuaciones comienzan con una petición del acreedor, emplazándose brevemente al ejecutado para oponer defensas, con lo cual se contempla que la contradicción surja al sustanciarse judicialmente la petición del acreedor<sup>15</sup>. Castro Hernández, por su parte, entiende que se establece a continuación de la presentación del acreedor una pequeña etapa de cognición judicial y sólo después de cumplimentados los requisitos enunciados precedentemente, el juez ordenará la verificación del estado físico y de ocupación del inmueble<sup>16</sup>.

Es verdad que la última parte del artículo 54 dispone que todo el procedimiento se efectuará in audita parte, aunque ello se contradice con el párrafo antes comentado. Puede explicarse por el hecho de que el traslado al deudor fue insertado con posterioridad al proyecto originario y no fue modificado este aspecto.

Por las razones expuestas, no puede sino prevalecer aquella disposición, manteniendo la sustanciación previa, insertando la bilateralidad en el trámite y que podrá provocar una decisión judicial, lo que por otra parte genera consecuencias menos gravosas, y por tanto, evita mayores y más numerosos planteos.

Por último, hay que destacar que en el artículo 64 se establece que el ejecutado “no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendientes a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta...”, y ello no podría tener lugar si las medidas previstas en esa norma se practicaran in audita parte.

Además, la intimación al pago y citación para oponer excepciones han sido considerados, legislativa y jurisprudencialmente, trámites irrenunciables; y conforme a este nuevo sistema legal, no puede el deudor oponer excepciones en los términos tradicionales, quedando esta única vía para ser oído con carácter previo a la realización del bien y sin que resulte irremediable.

## **DEFENSAS OPONIBLES**

Dado el carácter excepcional que ha recibido la garantía hipotecaria en la ley 24.441, las defensas son limitadísimas.

El procedimiento extrajudicial tiende a flexibilizar las normas tradicionales y a facilitar la pronta realización del bien hipotecado, a cuyo fin se cimenta en dos pilares: el lanzamiento anticipado y la inmediata subasta. Por ello, la normativa

tiende a impedir que frente a tales decisiones del acreedor haya mayor espacio de controversia, a cuyo fin recorta las defensas.

De tal modo, se dispone que el ejecutado no podrá interponer defensas, incidentes o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento ni la subasta, salvo que acredite verosímilmente alguno de los supuestos taxativamente enumerados.

Es de recordar que, a diferencia del procedimiento judicial y por tratarse de una vía especial prioritariamente extrajudicial, el deudor no ha sido intimado de pago ni citado de remate en los términos conocidos, es decir no ha podido ni podrá antes de ser subastado su inmueble, oponer excepciones.

Tal como está redactada la norma debe entenderse que la enumeración de las defensas es cerrada y taxativa. La etapa cognoscitiva es estrechísima, circunscripta a las circunstancias especialmente establecidas en ley. No hay lugar a debate y prueba para todo lo que exceda ese marco, que deberá postergarse para un juicio posterior y, como se verá, las defensas previstas, si nos atenemos a la letra de la ley, se relacionan casi exclusivamente con que se haya dado cumplimiento a los requisitos formales que habilitan la vía de ejecución extrajudicial.

Sostiene Morello<sup>17</sup> que sin embargo, no dejará de aducirse las de fuerza enervante análogas: inhabilidad de título, toda vez que la jurisprudencia contempla defensas sustanciales sustentadas casi siempre en la falsedad o inhabilidad del título. Tal la inexistencia o falsedad de la intervención del Registro de la Propiedad Inmueble o no corresponder (las letras emitidas) a hipotecas de primer grado o faltar las enunciaciones que exige el art. 36, etc.. Las defensas de fondo (compensación, novación, conciliación, compromiso y transacción) quedarán, en principio o por regla, excluidas.

Sólo se admiten, en el artículo 64 al que remite el artículo 54, las siguientes:

#### *1- Ausencia de mora*

Pareciera ser ésta la única opción a través de la cual puede el deudor articular una defensa sustancial e introducir el debate. No es muy clara la disposición, pues la mora se produce en forma automática, y por el solo vencimiento del plazo, y para las letras hipotecarias, en particular, está específica y legislativamente prevista la mora automática (art. 43).

La expresión “mora automática” significa mora sin interpelación, el advenimiento de ese estado sin que el acreedor manifieste nuevamente su intención de



recibir el pago. Sin embargo, la propia ley establece un requisito previo a los fines de la apertura de la vía, cual es el de la intimación extrajudicial del pago.

Pero en esta defensa, más que nada, debe apuntarse a que el presupuesto indispensable de la mora es el incumplimiento de la obligación principal, que precede a ese retardo que se considera jurídicamente relevante. Por lo tanto, si no hay incumplimiento, si la deuda es inexigible, no hay mora. Podría en consecuencia el deudor oponer la defensa de pago documentado si estuviera al día con las prestaciones, la que sólo será admisible dentro de los parámetros legales.

A través de ella podrán plantearse, entonces, las defensas tradicionales que se relacionan con la inexigibilidad de la deuda: el pago documentado, que sólo será admitido en los términos legales, lo mismo si se ha instrumentado la espera o remisión de la deuda o si la obligación se halla prescrita<sup>18</sup>. Estas defensas deberán ser examinadas cuidadosamente por el juez, siguiendo los principios generales, en el marco de la excepcionalidad de esta garantía real.

Se señala que también puede ocurrir que la letra hipotecaria haya sido transferida y que el deudor no hay sido notificado del cambio del domicilio para pagar. Llegada la fecha de pago, no puede considerarse que aquél se encuentre en mora, que teóricamente operaría en forma automática.

## *2- Omisión de la intimación de pago*

La intimación extrajudicial de pago es un trámite irrenunciable y debe ser efectuado por un medio fehaciente. Por eso es que podrá oponerse el deudor si demuestra que no ha sido fehacientemente intimado. Deberá examinarse también este extremo, máxime cuando no está prevista otra intimación y citación al deudor, para habilitar luego una vía excepcional de venta extrajudicial de la propiedad hipotecada y teniendo en cuenta todas las consecuencias que esa habilitación trae aparejada, empezando por el lanzamiento del deudor.

Puede ocurrir también que no se hayan observado en la intimación algunos de los recaudos establecidos en la ley, en cuyo caso podrá cuestionarse la procedencia del trámite iniciado.

Cabe recordar que, en esta vía, la intimación constituye solamente una advertencia de que si no paga el deudor se rematará el inmueble gravado, alejándose de la concepción tradicional que considera a la intimación de pago y citación para oponer excepciones como un trámite irrenunciable y de orden público, por encontrarse

comprometida la defensa en juicio. En este marco, de pobrísimas garantías, la extrema cautela y restricción en la interpretación debe ser la compuerta de contención.

### *3- Inexistencia de pacto de ejecución extrajudicial*

Es requisito especialmente establecido por la ley para la aplicación de este régimen que las partes lo pacten expresamente y que ello conste en la escritura hipotecaria o en las letras hipotecarias, en su caso. De manera que si de tales títulos no surge la convención expresa del sometimiento de las partes a las disposiciones de la ley 24.441, corresponderá archivar las actuaciones.

Tanto la defensa analizada como la anterior constituyen, en realidad, requisitos que serán evaluados por el juzgado interviniente, previo a darle curso a la petición del acreedor, sobre todo este último, y que deberá surgir de los elementos acompañados a la misma. Haciendo el juez un examen preliminar de los requisitos de procedencia, conforme lo autoriza la ley procesal, de aplicación supletoria de acuerdo a lo establecido por la ley 24.441 (art. 54 in fine), desestimaré in limine la presentación si la misma no los reúne.

### *4. Existencia de vicios graves de publicidad*

Esta defensa se refiere únicamente al remate, por lo que no es de aplicación en esta etapa del trámite y se relaciona con la publicidad inadecuada que pueda devenir en una subasta fracasada o en una venta a precio vil, aunque debe ser de suficiente gravedad, conforme con los principios generales que rigen en esta materia.

La forma mínima de publicidad de la subasta está prevista en el art. 57, a la cual más adelante me dedicaré. En tanto la falta de adecuada publicidad condena al fracaso, o, peor aún para el deudor, al precio vil, se ha previsto que el obligado pueda oponer este defecto, siempre que sea grave.

Respecto de los edictos judiciales, evaluará el juez la aplicabilidad del criterio al remate especial, pues existen relevantes diferencias. El edicto sale del juzgado, suscripto por el Secretario del tribunal, para diarios predeterminados, luego de haberse dado vista de la fecha, lugar y hora propuestos para la subasta. El ejecutado debe estar atento a la publicación de conformidad con lo ordenado, ya que está a su alcance controlarla; si no lo hace, cabe se atenga a las consecuencias.

En la subasta extrajudicial, el acreedor elige los diarios (aparte del diario oficial) y el momento de dar a conocer los avisos, además del día y hora de la subasta sin dar cuenta de ello previamente a un expediente. De ahí que será difícil que el deudor

pueda estar suficientemente al tanto como para denunciar el defecto en el plazo indicado. Además, la mayor parte de las veces, el grave vicio consistirá en la omisión del aviso o su extrema pequeñez constitutiva de falta de publicidad, con lo que difícilmente el deudor logre enterarse de lo que está sucediendo.

## **PROCEDIMIENTO DE SUSTANCIACION JUDICIAL DE LA CONTROVERSIA**

El procedimiento es diverso según se trate de lanzamiento o de subasta.

De acuerdo al artículo 54, ante la presentación del acreedor a los fines de la verificación del estado del inmueble y consiguiente eventual desocupación, el juez dará traslado al deudor por cinco días a los efectos de que pueda oponer las defensas previstas. En consecuencia, en este caso, las actuaciones comienzan con una petición del acreedor, emplazándose brevemente al ejecutado para oponer defensas, con lo cual se contempla que la contradicción surja al sustanciarse judicialmente la petición del acreedor.

El artículo 57 también prevé que antes de la subasta se verifique el estado del inmueble, lo que se considera ha de hacerse con orden judicial<sup>19</sup> e introducirá esta breve etapa de cognición y defensas.

Cuando, cualquiera sea la causa, no se hayan iniciado procedimientos ante los tribunales por parte del acreedor y éste haya llegado al estado de subasta sin la intervención de juez alguno, estará a cargo del deudor el comenzar las actuaciones a los efectos de oponer defensas.

No se requiere una resolución explícita de admisibilidad o inadmisibilidad por parte del magistrado ante quien el deudor pretenda objetar las medidas de ejecución en marcha, sino que si se considera figuran entre las autorizadas, el tribunal les dará el trámite respectivo.

Una vez opuestas las defensas implícitamente declaradas admisibles al no ser rechazadas de oficio sino corrido el traslado de ellas, si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. En general, será el trámite de los incidentes, el cual se presta para este tipo de cuestión.

Si el acreedor reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, lo que significará un allanamiento a las defensas, el juez dejará sin efecto lo actuado hasta entonces por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones, lo que

también ocurrirá si el juzgador encontrara que asiste razón al deudor. La disposición de archivo importa la apertura de otro expediente para la posterior ejecución en legal forma. . Aunque tratándose del traslado previo, lo único que hará el juez es no disponer las medidas requeridas por el acreedor.

Excepcionalmente, no procederá el archivo si la cuestión radicara en la existencia de graves defectos de publicidad, el magistrado determinará cuál es la adecuada publicidad que habrá que llevarse a cabo, con lo que, una vez cumplida la misma, se podrá llevar a cabo la subasta.

La norma es imperativa y edicta que, de darse los supuestos previstos, se ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento, es decir, se procederá al rechazo de la petición del acreedor, en realidad.

Más allá de la taxatividad de las defensas que pueden oponerse, no hay duda de que podrá plantearse frente al traslado conferido –además de, por ejemplo, que no se ha cumplido el plazo de dos meses que otorga la ley para la intimación o del plazo otorgado para el pago de la deuda en la intimación, o la incompetencia del juez interviniente- por parte del deudor, la discusión sobre la competencia en razón de la materia o del territorio, o la falta de legitimidad del accionante, o del accionado.

Es indudable que sigue vigente el resto de la normativa adjetiva y frente a un planteo de esos no puede el tribunal omitir su consideración. De otro modo, por ejemplo, en materia de competencia se podrían burlar principios de orden público al iniciarse ante un juez incompetente o consentirse la prórroga territorial que pudiera intentar el acreedor, interponiendo la demanda en otro lugar distinto al pactado, y sin que el deudor pudiera decir nada al respecto.

## **FACULTAD JUDICIAL DE SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO O LA SUBASTA**

Tratándose de defensas admisibles, o no habiéndose observado de oficio por el tribunal que no se trata de alguna de las autorizadas, corresponde la sustanciación con la contraria. No obstante, si el deudor en su presentación acredita sumariamente y en forma verosímil que el obstáculo al lanzamiento o la subasta existe, el juez estará en condiciones de decretar la inmediata suspensión cautelar de la medida dispuesta en forma unilateral y extrajudicial por el acreedor. En realidad, en materia de desahucio la intervención judicial ha debido ser previa, lo que permite entender que la resolución del magistrado no tenderá a la suspensión, sino a evitar se llegue a disponer la medida; si se

trata de subasta, la decisión del acreedor es de su exclusivo resorte, omitiéndose por expresa disposición legal, la participación judicial anterior.

### **FACULTAD JUDICIAL DE SUSPENSIÓN DEL LANZAMIENTO O SUBASTA EN PERJUICIO DE TERCEROS**

Aparte de las disposiciones específicas de esta ley que se refiere a las relaciones entre deudor y acreedor, merece destacarse que sigue vigente el resto del derecho civil, aplicable por los jueces ante concreta petición de quien, en su interés, comparezca ante la justicia a ser oído.

Cabe considerar que el lanzamiento o la subasta pretenda dirigirse contra terceros ajenos al deudor, con eventual derecho a mantenerse en la cosa. Si bien la disposición no contempla la situación, éstos pueden ser anteriores en el tiempo al acreedor hipotecario, con lo que tendrían derecho a permanecer en la posesión o en la tenencia del inmueble al serles inoponible al derecho real, en el sentido de no poder perjudicarlos.

Tomemos el caso que el deudor hubiera vendido el inmueble a un adquirente por boleto a quien hubiera otorgado la posesión. Sin duda, el poseedor por boleto no tiene derecho real sino personal a la cosa; sin embargo, ello no quita que tenga importantes facultades y que al enfrentarse con el acreedor hipotecario del inmueble que le fuera prometido en venta, se plantee un serio conflicto de intereses.

En tanto la hipoteca es oponible al tercer poseedor con título y modo suficiente, lo será también al poseedor por boleto, pues éste no podría tener más derechos que aquél. Ello ocurre cuando la hipoteca fue constituida antes que el poseedor por boleto fuera puesto en posesión del inmueble. Pero más difícil es la situación cuando el titular del derecho personal por boleto fue puesto en posesión antes de constituirse el derecho real de garantía. En este caso, el deudor ya se había desprendido de la posesión al gravar el inmueble. El tema no tiene una única solución, pero si la hipoteca fue constituida después de la transmisión de la posesión, el juez deberá analizar si no se intenta un desbaratamiento del derecho acordado al comprador.

Por lo menos, no podría privarse al comprador de la cosa por el sumarísimo procedimiento de desalojo y subasta contemplada en esta ley, pese a la hipoteca que constituyera el titular registral, dueño del inmueble así comprometido en venta. La desocupación y la posibilidad de remate deberán ser sometidos a otra clase de proceso.

## **VERIFICACIÓN DEL ESTADO FÍSICO Y DE OCUPACIÓN DEL INMUEBLE**

Resueltas las excepciones o, accediendo a lo pedido si no media oposición, el juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor.

No podría el acreedor optar por que la diligencia la realice un oficial de justicia. Ello se ve con mayor claridad cuando se trata de la ejecución extrajudicial pues no resulta equitativo que con las excepcionales prerrogativas que ya se le otorgan frente a la ejecución judicial se le adicione la gratuidad de la diligencia, cuando ya se han evaluado suficientemente los costos, tratando de reducirlos en su mayor medida, e incluyendo en ellos el de la intervención del notario, todo como contrapartida de la celeridad y abreviación que se le impone al trámite.

Deberá el escribano aceptar el cargo y constituir domicilio.

Si de la diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a la desocupación, otorgando un plazo de diez días para ello. Este plazo resulta exiguo teniendo en cuenta la instancia en que se lleva a cabo y que el derecho de hipoteca hasta la aparición de esta nueva normativa no traía aparejada la facultad de quitarle al dueño del bien gravado el uso y goce de la propiedad. La intimación es bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse salvo que lo haga el juez en forma cautelar.

La situación de los terceros que habitaran el inmueble con derechos preferentes al del acreedor hipotecario por ser anteriores en el tiempo o de terceros ajenos a la primera intimación extrajudicial al deudor no está prevista en la ley. Expresa el artículo 54 que “si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez días...”, con lo cual parece que lo único que interesa es si el inmueble se encuentra ocupado o desocupado y no quiénes lo habitan. Para ello, casi será suficiente una cédula diligenciada por el notificador, con la intimación bajo apercibimiento de lanzamiento dado que los signos de desocupación y la imposibilidad de notificar por tal motivo, serían reportados por el diligenciador.

De todos modos, es conveniente que el notario individualice a los ocupantes y los intime, de conformidad con la normativa tradicional, para que presenten los títulos de la causa.

No hay que olvidar que el acreedor hipotecario tiene una preferencia para el cobro de su crédito, que constituye una cuestión de privilegios, distinto ello del ius

preferendi que ostenta todo derecho real y que significa que su derecho prevalece sobre todo otro derecho real o personal, según el principio “primero en el tiempo, mejor en el derecho”. Si existe alguien que tuviera un derecho anterior en el tiempo tendrá preferencia por sobre el acreedor hipotecario.

El tercero que invocara un título deberá presentarlo en el expediente, a partir de lo cual se abrirá la respectiva instancia incidental que luego se resolverá, teniendo en cuenta que para aquél sigue vigente el resto de la legislación de fondo y tiene el derecho de ser oído. Deberá suspenderse, en su ínterin, el lanzamiento que pudiera haberse decretado.

Aquí también se ve que a partir del traslado al deudor y a medida que va tomando forma el trámite, es requerida, más allá de la exclusión que hace la ley de la actuación judicial, en su letra y atendiendo a la finalidad que la inspiró, la decisión y el imperium de la jurisdicción para encauzar debidamente el procedimiento, con lo que termina “judicializándose” el trámite para garantizar su efectividad.

Tratándose de un locatario, deberá acreditar que posee un contrato de fecha cierta anterior a la constitución del gravamen y, en su caso, podrá pedir preventivamente la suspensión del lanzamiento hasta que se resuelva la cuestión.

## **DESOCUPACIÓN ANTICIPADA DEL INMUEBLE Y LANZAMIENTO**

Es inherente a la propiedad el derecho de poseer de la cosa, disponer y servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular (art. 2513 Cód. Civil) y el derecho de hipoteca no incluía entre sus facultades la de quitar el uso y goce al dueño, lo que sí ocurre a partir de esta ley. La cuestión cambia con la introducción de esta reforma legal, ya que ahora, la hipoteca incluye la posibilidad de tomar la tenencia del inmueble gravado en forma anticipada, a los efectos de la subasta.

No verificada la desocupación a tiempo, se procede al inmediato lanzamiento y entrega del inmueble al acreedor en calidad de tenedor, hasta la oportunidad en que deba entregarse al comprador emergente de la subasta. En principio, el lanzamiento no puede suspenderse, salvo que sean admisibles las defensas legalmente previstas.

El escribano procederá sin más trámite al lanzamiento, a cuyo fin puede requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Para llevar a cabo estos actos el notario deberá contar con la autorización judicial

(normalmente se hallará contenida en la resolución que ordena la verificación del estado de ocupación del bien y el lanzamiento), y en cada caso resultará conveniente que exhiba el testimonio o copia certificada de la pertinente resolución, con el fin de facilitar su tarea.

Surge también el interrogante sobre si la diligencia de lanzamiento notarial es facultativa o debe siempre prescindirse del oficial de justicia, designando a un escribano. Parece que, elegida la vía extrajudicial, tampoco podría aprovecharse la actuación judicial del oficial de justicia, en atención a que la participación notarial en el presente se inscribe en una cantidad de nuevas normas que tienden hacia la desjudicialización de ciertas cuestiones como modo de descongestionamiento de los tribunales.

Si todo está preparado para un lanzamiento, no se advierte la conveniencia de llevarlo a cabo antes de la subasta, con perjuicios y gastos inútiles si se llega a pagar la deuda a último momento antes del remate, hipótesis no poco improbable.

Asimismo, le compete al notario poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor, lo que generará gastos que tal vez podrían haberse obviado.



## **CAPÍTULO V**

### **TRAMITES PREPARATORIOS DE LA SUBASTA**

En tanto la ejecución de la hipoteca tiene por objeto rematar el inmueble gravado, para poder obrar así debe prepararse la subasta aunque ésta sea extrajudicial, con ciertos elementos que permitan saber cuál es su estado jurídico, a fin de ofrecer el bien y dar título con certeza a quien resulte adquirente y además, poder citar a quienes tengan derechos sobre la cosa.

El pedido extrajudicial de informes es habitual y casi siempre se hace en forma directa por los letrados, en lugar de librarse oficio al respecto. En el caso, probablemente lo tramitará el escribano que está actuando en el procedimiento, cuya experiencia en la materia no puede dejar de señalarse.

Estos informes serán necesarios para ciertos pasos posteriores, mas cabe destacar que su expedición no se anota en el folio y, en principio, no producirán bloqueo registral ni implicarán anotación preventiva a favor del peticionante, aun cuando los peticione el notario. Es decir que es diverso el efecto registral de una certificación solicitada por un escribano para autorizar un documento sobre el inmueble que el resultado meramente publicitario de este informe a los fines procedimentales, aun cuando a la larga termine también en la venta de la finca.

En la ejecución de la hipoteca importaba la subasta el cumplimiento de la sentencia de remate, en cambio en la ejecución extrajudicial es el acreedor el que directamente dispone la misma.

Podrá requerir directamente al Registro de la Propiedad el informe sobre el estado de dominio y gravámenes que afectan al inmueble hipotecado con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios (art. 55). Aunque la ley omite referirse a ellos, la solicitud también debería versar sobre embargos, inhibiciones y cualquier tipo de medida que afecte al inmueble.

También requerir en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad. A fin de acotar gastos, el traslado que se le corriera al deudor por el juez, de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del art. 54, podría contener la intimación al ejecutado a que presentara el título de propiedad. Indudablemente, la norma recepta lo que venía ocurriendo en la práctica, en los trámites preparatorios de la subasta judicial, en los que casi en ningún caso el deudor se presentaba frente a la intimación a acompañar el título de propiedad, culminando

siempre el trámite con el pedido del acreedor de un segundo testimonio a costa del ejecutado. Deberá inscribirse el nuevo testimonio en el Registro de la Propiedad Inmueble, ello quitará valor al antiguo testimonio en poder del deudor y exteriorizará la proximidad de la subasta.

Es menester recordar que el mencionado segundo testimonio puede requerirse directamente por oficio al Archivo de Actuaciones Notariales.

Y por último requerir certificado de deuda por expensas comunes (en caso de tratarse de un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal), impuestos, tasas y demás contribuciones que se adeude respecto del bien, bajo apercibimiento de que, de no emitirse el informe dentro del décimo día, la subasta se llevará a cabo igualmente como si el bien estuviera libre de deudas.

Esto es, si las distintas entidades involucradas en lo dispuesto anteriormente, como puede ser consorcio de copropietarios, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y provincia correspondiente, Aguas Argentinas o Aguas Provinciales, Obras Sanitarias o bien, Ente prestatario de Servicios Sanitarios, Cooperativas de Provisión de Obras y Servicios Públicos u otras que pudiera haber, según la jurisdicción en que se encuentre el inmueble hipotecado, no contestaren dentro de diez días hábiles, desde la recepción del oficio librado por el letrado del actor, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas.

Mas se ha señalado con acierto que no significa esto último que puedan considerarse extinguidas tales deudas, porque no se dan los casos previstos en el artículo 724 del Código Civil, pero el comprador se encontrará liberado de su pago, salvo indicación en contrario que surja del expediente.

Para el caso de las expensas, existe la dificultad de que sea notificada la persona correcta a los efectos del apercibimiento que se aplicará, pero de todos modos deberá, en su caso, el acreedor responsabilizarse por la notificación incorrecta que pudiera realizar al consorcio. En el caso de la subasta judicial puede ordenarse la notificación por cédula a quien resulte su representante legal, con el apercibimiento que prevé la norma, pero esto puede ser únicamente decidido por un magistrado, no en el caso del trámite extrajudicial. Quizás, pueda ocurrir que concurra el acreedor al juez de la causa que se ha iniciado para la verificación del inmueble, intimación y lanzamiento al deudor, para solicitar la orden pertinente a fin de librar una cédula de notificación en esas condiciones y así asegurarse en ese aspecto respecto de las deudas por expensas comunes.

En caso de inmuebles ubicados en lugares no urbanizados, pueden no ser necesarios ciertos informes, por ejemplo, pueden existir fincas no servidas por servicios sanitarios. El ideal es la obtención de informe en tal sentido, pero podría suplirse por la declaración jurada del acreedor al respecto, lo que implica hacerse responsable para el supuesto de que la afirmación no coincida con la realidad.

Los edictos deberán reflejar los datos que surgen de los respectivos informes, por lo que es importante que sean recabados por el acreedor subastante.

Estos certificados o informes no tienen un límite de vigencia a diferencia de los emanados del Registro de la Propiedad, por lo que es suficiente que se hayan obtenido aunque tengan cierto tiempo. Generalmente, se presume que los períodos posteriores a los informados como adeudados siguen impagos, por cuanto no es corriente que se abonen los más nuevos dejando sin pagar los anteriores; a ello se agrega que el deudor cuyo inmueble está por subastarse por una deuda hipotecaria habitualmente ha dejado de pagar todos los servicios y gastos, impuestos y tasas, ya que estas obligaciones serán las que menos lo preocupan.

Sin perjuicio de ello y a los efectos de una correcta publicidad de la deuda, si los certificados tienen varios meses de antigüedad, conviene actualizarlos, pues los montos pueden convertirse en más importantes, y podrían resultar sorpresas para el comprador cuando el producido del precio del remate no alcance para enjugar todos los créditos.

La norma agrega que los reclamos que se dedujeren por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado, lo que facilita la subasta al evitar interferencias por cuestiones administrativas. Sin embargo, como los edictos deben reflejar estos datos, habrá un momento en que la cuestión puede quitar independencia al trámite.

Tal como está concebida esta ejecución extrajudicial tampoco es necesario el embargo previo del inmueble hipotecado, lo que, sin dudas, traerá inconvenientes a la hora de realizarse más de una subasta sobre el inmueble gravado. Por lo que, tal traba de embargo resulta muy conveniente que la pida el acreedor, pues de esta manera dará trascendencia registral al procedimiento pudiendo de este modo soslayar algunas de las cuestiones que puede suscitar este ordenamiento<sup>20</sup>.

El embargo es la afectación de un bien del deudor al pago del crédito en ejecución, y es una diligencia que sólo puede ordenarse por un tribunal. A diferencia de la tramitación judicial, para la ejecución extrajudicial legislada no aparece como

necesario el embargo del inmueble a favor del acreedor hipotecario, ya que no se lo pone a disposición de juez alguno, sino directamente del acreedor que procede al remate extrajudicial del mismo<sup>21</sup>.

## **VENTA EN SUBASTA DEL INMUEBLE HIPOTECADO**

Dice el art. 57 que “Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres días en el diario oficial y en dos diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta.”

Hasta la promulgación de la ley 24.441 solamente el Banco Hipotecario Nacional y los restantes bancos oficiales gozaban de esta facultad extraordinaria de efectuar el remate por sí y ante sí. El fundamento de esa excepcional prerrogativa estaba dado en la función social y calidad de la institución acreedora, que otorgaban créditos de fomento con importantes beneficios para los tomadores de los mismos, por lo que, como contrapartida, se preveía una mayor ejecutividad y le permitía a aquellos además, otras prerrogativas, como la inembargabilidad del inmueble.

Sin embargo, con la ley 24.441 el acreedor hipotecario puede ordenar por sí, sin intervención judicial, el remate del inmueble gravado por intermedio de un martillero que él designe, con las condiciones usuales de plaza.

Ello significa una trascendente mutación del régimen imperante hasta el momento.

## **TRAMITE DE SUBASTA**

Es necesario, para poder realizar la subasta, la verificación previa del estado del inmueble hipotecado, lo que constituirá un acto de gran responsabilidad que puede dar lugar a reclamos, especialmente si el acreedor toma inmediatamente la tenencia del inmueble.

Esta verificación no puede ser un simple informe como el que realiza el martillero en la subasta judicial sobre las condiciones físicas y de ubicación y ocupación de la finca, y la responsabilidad que a los notarios les cabe es importante. Será, en

definitiva, la constatación que prevé el art. 54; sea en este momento o en uno posterior, a la larga desembocará en la desocupación por lanzamiento notarial, que requiere una previa verificación por orden judicial. Además, la orden judicial de allanamiento es insustituible y crucial para el buen éxito de la medida.

Es facultad del acreedor el nombramiento de un martillero de su confianza para que lleve a cabo la subasta. No se han previsto requisitos específicos que deba reunir el nombrado, aunque, también en este punto, es necesario remitirse a las normas procesales que rigen la materia, de aplicación supletoria; deberá tratarse de una persona física debidamente matriculada, que tendrá una responsabilidad personal e indelegable.

La comisión a percibir es la de práctica aunque en esta ejecución extrajudicial sí rige la modificación que introdujo la ley 24.441 limitando el cobro de los corredores inmobiliarios al uno y medio por ciento a percibir del comprador, único que paga en la subasta derivada de una ejecución, disponiéndose que nada percibirá el martillero en caso de falta de postores.

### **CONDICIONES DE VENTA**

La ley refiere que las condiciones de venta serán las usuales de plaza. Ello significa que no puede el acreedor poner condiciones extraordinarias que perjudiquen al deudor o que no presenten en forma clara las condiciones en que se ofrece el inmueble.

Debe quedar establecido si la venta es al contado o con facilidades (que serán otorgadas por el propio acreedor), si es en bloque o en lotes. Aunque este punto es de difícil control, sin la intervención del órgano judicial, para determinar si pueden subastarse las distintas fracciones (o inmuebles) en forma progresiva. Esto no está normado especialmente.

Deberá esclarecerse:

- a) Si la venta es al contado o con facilidades otorgadas por el propio acreedor, quien puede sacar el inmueble a la venta asumiendo él mismo la financiación; generalmente, este saldo diferido se garantizará con nueva hipoteca constituida por el comprador a favor del mismo acreedor.
- b) Si la venta es en bloque o en lotes, cuestión relacionada con la indivisibilidad de la hipoteca, carácter que, como he mencionado al principio de este trabajo, no es de su esencia y por consiguiente puede dejarse de lado. La venta por separado

necesita de fincas diversas o planos aprobados con la división; puede traer dificultades en cuanto al prorrateo de la base y en cuanto a la operación de relacionar las partes de la deuda con las partes del inmueble y consiguiente cancelación parcial de la hipoteca.

- c) Si el pago es en dinero efectivo o se admite en cheque, o en cheque certificado, tanto para la seña como para el saldo de precio.
- d) Si se adopta la posibilidad de permitir las posturas bajo sobre, esquema que puede impedir que los bienes sean malvendidos en supuestos de inmuebles muy importantes. El régimen debe estar debidamente sistematizado en cuanto a lugar, plazo y horario donde debe presentarse la postura bajo sobre; tipo de sobre y si éste será provisto en el lugar de entrega; si la postura debe contener sólo el monto de la oferta o también la seña; lugar del acto de apertura y condiciones de devolución del dinero o cheques a quienes no resulten adjudicatarios. En principio, la apertura debe hacerse en el acto del remate y antes de comenzar el mismo, para partir de allí la subasta, si es que hay otros interesados. Permite que postores que no estén dispuestos a pujar o de otras localidades puedan participar con su oferta.
- e) Modo, tiempo y lugar del pago del precio. Debe especificarse: cuánto configura la seña, en su caso; cuándo, dónde y a quién debe abonarse el saldo de precio y además detalles que impidan incidentes y dilaciones en el pago.

En suma, deberán fijarse todas las pautas posibles para evitar futuros incidentes o dilaciones que afecten el trámite y, sobre todo, para asegurar la transparencia y consecuente efectividad de un acto de subasta que, de por sí, no la transmite.

La subasta deberá realizarse en las condiciones programadas, es decir en el día, hora y lugar señalados en el aviso, por el martillero designado y respecto de los objetos predeterminados.

La norma dispone como necesario que en el remate esté presente el escribano a efectos de levantar acta, la que será importante a los fines de la conformación de la escritura de protocolización. Ello no quita que se confeccione un boleto de venta similar al proveniente del remate judicial.

El documento notarial debe consignar el desarrollo del acto en forma de los más circunstanciada posible, especialmente si hubiera algún incidente motivado por las posturas.

El levantamiento del acta constituye una medida relevante para aumentar las garantías de regularidad de la operación y de un ambiente que sea adecuado a la libre oferta de los interesados.

### **PUBLICIDAD DEL REMATE**

Se publican avisos, en lugar de edictos, durante tres días en el diario oficial y en dos diarios de gran circulación; uno de ellos, por lo menos, debe corresponder al lugar de ubicación del inmueble. La finalidad de estos avisos –distinta de la del edicto- es únicamente la de dar publicidad el acto de subasta, para hacerlo conocer a terceros interesados en la venta a realizarse. No obstante, deben contener iguales recaudos a los establecidos en el Código Procesal, de aplicación supletoria, esto es, los datos del inmuebles que posibiliten la indicación concreta del mismo descripto con el mayor detalle, su ubicación, estado de ocupación del mismo y constancia de las deudas que pesan sobre él, pautas y condiciones de la venta, día, hora y lugar preciso de la realización de la subasta y horario de exhibición del inmueble. Y dadas las particulares características de esta ejecución, todas las restricciones que pesen sobre el inmueble o litigios pendientes a efectos de que los terceros estén en pleno conocimiento del estado jurídico del inmueble y se eviten, así, futuros planteos, otorgándole seriedad al acto, ya de por sí desprovisto de la formalidad que lo rodea con la intervención judicial. Indudablemente, el éxito de un remate puede depender de una propaganda seria, la que debe referirse al inmueble a subastar sin incluir otros bienes para no inducir a confusión.

En cuanto al plazo del último aviso, se ha destacado que aun cuando la norma se refiere a que debe realizarse con una anticipación “no mayor” a dos días de la fecha fijada para el remate debe entenderse “no menor”, que es la indicación adecuada y que coincide con la regla establecida en la legislación procesal. El plazo no debería ser menor –en vez de mayor- a dos días, a fin de dar tiempo para enterarse y preparar la operación a los interesados en comprar.

Deberán contener:

a) superficie cubierta: hace a la determinación concreta de la cosa que se vende, que debe describirse con el mayor detalle posible, inclusive la superficie total cubierta, lo que dará una pauta de posibles valores a los eventuales interesados en concurrir al remate.

b) ubicación del inmueble: sería imposible conocer de qué finca se trata si no se lo especificara por sus datos de ubicación, que serán los de calle, número o datos catastrales, según el caso.

c) horario de visitas: debe indicar el martillero los días y horas de visita, pues quien esté interesado en comprar, es difícil que lo haga por una simple descripción en un aviso. Si todavía está ocupado y quien habite el inmueble no está dispuesto a permitir la entrada, o está desocupado pero la tenencia no se ha puesto en poder del acreedor, habrá que acudir al juez para pedir un mandamiento a tal efecto, con facultades de allanamiento, auxilio de la fuerza pública, intervención de cerrajero, etcétera.

d) estado de las deudas por servicios, es decir diversas tasas, impuestos, contribuciones y expensas que pesen sobre el inmueble, siempre que se hubiera obtenido el informe. En su caso, y de no haber obtenido respuesta de la oficina respectiva, constará la liberación.

e) día y hora de realización de la subasta: normalmente será el martillero el que proponga el momento de la realización del remate, que deberá ser adecuado al mejor éxito del acto.

f) lugar preciso de realización de la subasta: no se trata sólo del lugar geográfico, sino del local propuesto por el martillero o el acreedor de conformidad a sus disponibilidades. Los locales pueden ser propios o de corporaciones donde se realizan subastas unas tras otra, o cualquier otro lugar adecuado y debidamente condicionado para tal fin.

Además deberán indicarse las condiciones de venta, tales como la propia base, si la venta es al contado y modo y momento del pago, modalidades especiales, comisión, etcétera. También es importante que figure el estado de ocupación de la finca, pues, aunque la ley otorga facultades favorables al respecto, al futuro comprador siempre le será relevante saber exactamente cuál es la concreta situación del inmueble a adquirir. Pueden ser necesarios datos adicionales dadas las particularidades de cada caso, como litigios pendientes, medidas precautorias dictadas por algún juez, u otros elementos de interés de un potencial comprador. Es importante evitar sorpresas a los terceros de buena fe para mantener la seriedad de las subastas.

### **BASE DE LA SUBASTA**

En las ejecuciones judiciales hipotecarias puede ocurrir que la forma de establecerse la base de la subasta sea pactada por las partes en la hipoteca, teniendo en



cuenta el monto de la deuda; de lo contrario se fijará teniendo en cuenta la valuación fiscal del inmueble o su tasación.

El artículo 58 de la ley 24.441 establece, derechamente, que la base de la subasta extrajudicial será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta, recogiendo así lo que era común acordar en las hipotecas y sin establecer otras posibilidades. Sin embargo, en este caso es necesaria una previa liquidación de la deuda que no ha podido ser controlada por la parte deudora ni por el órgano judicial y ello puede dar lugar a abusos. Aunque, de todos modos, no se trata de una liquidación definitiva y tampoco resultará conveniente al acreedor alejarse mucho del valor real del inmueble para no frustrar la venta y generar mayores gastos.

No aparece aquí flexibilidad alguna, lo que es lógico pues no interviene un juez con facultades para equilibrar los valores y los intereses de las partes ni margen de actuación en defensa de la mejor subasta.

### **COMUNICACIONES Y CITACIONES**

Dispone el artículo 59 que “El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta”.

En el caso del deudor, el propietario (cuando es una persona distinta del deudor que ha constituido la hipoteca) y los titulares de otros derechos reales sobre la cosa hipotecada, no es suficiente la publicidad del remate por medio de los avisos y deben ser fehacientemente notificados, lo que es lógico pues aquellos tienen un interés directo en la subasta y deben estar en directo conocimiento de su realización.

Es justamente a estos efectos que se debió obtener el informe registral, aunque es justo reconocer que esta norma no coincide con los elementos que allí se piden.

La norma no menciona a los acreedores embargantes e inhibientes y titulares de otras medidas cautelares que deben ser igualmente citados, pues tienen un interés directo en el remate, evitándose así al acreedor subastante posibles futuros planteos que invaliden el acto. Se ignora si la omisión lo ha sido por olvido o porque es intención específica la de declarar innecesario su noticiamiento de la trascendente decisión de remate.

Se considera que debe citárselos, sean embargantes o quienes hayan obtenido otras medidas cautelares sobre el bien hipotecado, además de dar a conocer la medida a los restantes hipotecarios, comprendidos éstos en la calidad de titulares de derechos reales.

Además, no se debe olvidar que tales embargos o inhibiciones importan una actuación judicial en la que el juez ha puesto a su disposición el inmueble y ello puede traer serios inconvenientes al acreedor que realice la subasta, si no da noticia del acto a realizar. La orden de los magistrados de las medidas precautorias importa haber puesto la finca a disposición de los respectivos jueces, con las consiguientes dificultades que pueden originarse a los acreedores que pretendan realizar una subasta extrajudicial sin siquiera dar noticia. Luego, deberá acudirse al levantamiento de las medidas cautelares con citación de los jueces respectivos, y tal levantamiento es el corolario lógico cuando los titulares han sido citados. En atención a la vía elegida, se estima suficiente la citación a los acreedores por el mismo medio fehaciente que se exige en el artículo, sin que deba incurrirse en presentación judicial en los respectivos expedientes, así lo sostiene Highton<sup>22</sup>.

En cambio, hay quienes sostienen que no sería suficiente con la notificación por el mismo medio que prevé el precepto a los acreedores embargantes y inhibientes, sería conveniente la presentación judicial respectiva, teniendo en cuenta además, que puede existir el peligro de que se realicen dos subastas simultáneamente, efectuándose una judicial y otra extrajudicial. La presentación del acreedor subastante en el expediente correspondiente aventa la posibilidad, pues habrá de resolverse necesariamente la cuestión, evitando la duplicación y sus consecuentes complicaciones.<sup>23</sup>

Independientemente de lo que haya entendido el legislador, la subasta será inoponible a quienes no hayan sido citados.

No queda claro cómo se conocerá la identidad y el domicilio para citar a los acreedores hipotecarios que sean titulares de letras hipotecarias o sus cupones, ya que el acreedor que realiza la subasta ignorará quién tiene los restantes, si se han dispersado en diversas cabezas; y ello es relevante, pues aun admitiendo por hipótesis que no sea posible la caducidad de los plazos por la sola mora en el pago de algunos de los títulos o cupones, la precipitación o puesta en colocación (art. 3154 Cód. Civil) ocurrirá por la subasta, sobre cuyo producido necesariamente debe caer el titular del derecho real de hipoteca.

Deben efectuarse las notificaciones con la antelación necesaria de siete días hábiles, excluido el de la subasta, a fin de permitir a estas personas actuar en consecuencia ante el grave perjuicio a su respecto.

A diferencia de las citaciones judiciales que hacen referencia a un expediente con la consiguiente necesidad de comparecer en él si se desea peticionar, en el supuesto de subasta extrajudicial lo que se hace saber es la fecha del remate.

El plazo de siete días impuesto para la notificación resulta un poco exiguo si se tiene en cuenta las múltiples derivaciones que pueden ocurrir, la gravedad del acto y los perjuicios que puede traer aparejado. Si en el marco de un procedimiento judicial se rodea al acto del remate de las máximas garantías para asegurar su efectividad y el marco propio de la jurisdicción otorga esa seguridad, con mayor razón deben extremarse los recaudos cuando el remate se hace fuera de ese ámbito. De suceder alguna presentación de un tercer invocando derechos, deberá seguramente suspenderse el acto, pues siete días no permiten las presentaciones judiciales pertinentes, que será la única vía a través de la cual podrán canalizarse las cuestiones que se susciten.

Y ello debe ser así, aun cuando la norma únicamente prevé la citación, es decir que en el caso de las personas mencionadas, ejercen de acuerdo con el precepto un rol pasivo de control del remate y defensa de su crédito o derecho. Pero puede darse el caso, por ejemplo, de dos acreedores que intenten una subasta simultáneamente, y deberá en dicha situación solicitarse la intervención judicial en el expediente que se tramitara o se abrirá al efecto, que puede llegar a provocar la adopción de medidas sobre ese acto que se intenta realizar.

No obstante, si tienen expediente abierto o, en su caso pueden abrirlo si les resultara indispensable, pueden peticionar al juez de la causa lo que estimen pertinente, que en algún supuesto puede llegar a interferir en la subasta extrajudicial.

Los acreedores citados no pueden pedir el aumento de la base para que cubra su crédito, salvo que extrajudicialmente lo pacten con el acreedor subastante, lo que puede ocurrir si debe compartir aquél el precio obtenido, por ser de igual rango el otro acreedor.

## **FALTA DE CUMPLIMIENTO DE LAS NOTIFICACIONES**

La falta de notificación de la fecha del remate lo torna inoponible a las personas mencionadas en la norma, pues sólo el conocimiento del acto da lugar a la oportunidad de defenderse, y de no producirse no se le puede oponer.

El conocimiento del acto hace a la defensa de la propiedad en sentido amplio, a la oportunidad de cumplir siquiera tardíamente con el cumplimiento de la obligación o de acudir al remedio heroico de paralizar la subasta por el pago como tercero interesado en su caso, o ir al acto de la subasta para elevar el precio y eventualmente, adjudicarse el inmueble.

En tanto, de acuerdo al art. 3196 del Cód. Civil la subasta es causal de extinción de la hipoteca, siempre se debe citar a los acreedores hipotecarios: todos los acreedores titulares de este derecho real concurren sobre el precio, justamente porque se trata de un gravamen que no subsiste sobre la cosa luego de rematada, siempre que el titular del derecho hipotecario haya sido debidamente citado. Lo mismo ocurrirá con quienes tengan embargada la finca, cuyos embargos se transferirán al precio.

La subasta no es causal de extinción de los restantes derechos reales que puedan recaer sobre el inmueble, lo que en consecuencia subsisten; pese a ello, procede la citación de sus titulares a los fines que pudiera corresponder. Si el derecho hipotecario cuya ejecución se está tramitando es anterior a estas cargas, tiene sobre ellos ius preferendi, lo que implica que le son inoponibles a su titular.

## **DESARROLLO DEL ACTO**

La subasta debe realizarse en la fecha, lugar y horas fijados y publicitados por el martillero designado.

Puede ser necesario adoptar determinadas medidas a fin de garantizar la regularidad del acto y el mantenimiento del orden, con el auxilio de la fuerza pública o custodia policial o privada especial.

El martillero debe comenzar el acto dando lectura al aviso para luego recibir las ofertas que, salvo que sean bajo sobre, deberán hacerse en forma clara y de viva voz por los interesados.

Debe estar presente el escribano que labrará el acta respectiva. En el acta deberá consignarse el desarrollo del acto en la forma más circunstanciada posible (el hecho de que el notario labre el acto le otorga mayor seriedad y garantía de regularidad al acto).

Luego de adjudicado el bien al mejor postor se firma el boleto de compra-venta respectivo y el interesado debe pagar la parte correspondiente a la seña y la comisión al martillero. De la nueva ley surge la comisión para el martillero del uno y medio por ciento, que debe abonar el comprador ya que es parte del precio que aquel debe pagar.

### **FRACASO DE LA SUBASTA**

El artículo 61 prevé que si el primer remate fracasa por falta de postores, se dispondrá uno nuevo con la base reducida en un veinticinco por ciento, y si tampoco en ese caso existieran postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor.

No se trata de la suspensión de la subasta sino que se ordena una nueva, distinta, pues en el primer acto ha de haber intervenido el martillero frente a un público determinado.

Este nuevo remate sólo podrá llevarse a cabo con la base retaceada y, en último caso, sin limitación en el precio. Deberán realizarse nuevos avisos con las nuevas condiciones de venta y se evaluará, en su caso, el diario en que se efectuará la publicación, teniendo en cuenta los gastos irrogados hasta el momento.

En la subasta judicial no es necesario proceder a una nueva citación de otros acreedores hipotecarios y jueces embargantes e inhibientes porque, en última instancia, pueden en todo momento consultar el expediente para ver las alternativas que van acaeciendo. Sin embargo, en el marco de una subasta extrajudicial no existe expediente alguno y por lo tanto no existe modo de conocer lo que está sucediendo. Además, la ley pone como finalidad de la citación el hacer saber la fecha, hora y lugar del remate, por lo que debe procederse a una nueva notificación de las personas directamente interesadas en el acto, y para que les sea oponible.

En la ejecución hipotecaria, aun cuando sea extrajudicial, puede ocurrir que sea necesario decretar una segunda subasta, en cierto sentido complementaria de la primera. Lo dicho puede extenderse a una tercera o cuarta subasta, ya que no hay límite para ello.

La subasta en sí misma, es idéntica a la primera, mas no siempre lo son sus condiciones de venta, las que se adaptarán a las nuevas circunstancias.

No es necesario consignar en los avisos que se trata de un segundo remate, salvo que por alguna situación excepcional el caso se preste para ello y tal

indicación interese al público, o al buen éxito del acto, por ejemplo, si varía la base desde la cual parte la puja, o si se realiza sin base alguna.

También pueden intentarse nuevos modos de publicación, pues el fracaso podría deberse a una omisión o carencia en tal sentido. Así, en la elección de los diarios, o en el agregado de carteles, volantes, etcétera.

A pesar de que el artículo 64 de la ley establece que el ejecutado podrá oponerse a la realización de la subasta esgrimiendo las causales que allí se enumeran, se estima que la única que podrá plantear (la oportunidad no la marca la ley, pero como principio se debería efectuar la impugnación al recibir la notificación a la que se refiere el artículo 59 es la mencionada en el inciso d), ello es, que existen vicios graves en la publicidad. Es así en tanto que ya habrá tenido posibilidad de oponer las otras al corrérsele traslado de la presentación originaria del acreedor. Si no lo hizo, la facultad de deducir aquellas defensas no es posible que rescite, al efecto de impugnar la realización de la subasta para lograr su suspensión.

### **CUESTIÓN DE LA COMISIÓN POR LA SUBASTA FRACASADA**

Dispone también el artículo 61 que no procede el cobro de suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados (lo que se denomina “falsa comisión” y que en los casos comunes se endereza a remunerar los trabajos llevados a cabo por el martillero, que tiene derecho a cobrar aun cuando el remate haya fracasado, es claro que sin culpa), y el artículo 77 de la ley especifica que si se trata de corretaje inmobiliario de viviendas nuevas sólo se recibirá comisión del comitente y en las restantes operaciones la comisión al comprador no podrá exceder del 1,5 del valor de compra.

Lo anterior no parece muy equitativo, aun cuando se trate del mismo martillero que lleve a cabo la nueva subasta pues la tarea no se limita al acto mismo del remate. Además, si se realizan trabajos, no es lo mismo por una subasta que por dos o tres, y aun cuando existan algunas tareas comunes y que pueden obviarse en posteriores emprendimientos, existen otras que deben repetirse y no pueden soslayarse, y todas merecen su justa retribución.

De todos modos quien acepta este tipo de tarea sabe claramente que no podrá cobrar nada si no logra vender, por lo menos del total de gastos y honorarios a cargo del deudor.

## **LIQUIDACIÓN DEL CRÉDITO**

Dispone el artículo 60 que: “Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentadas dentro de los cinco días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente”.

La liquidación que debe presentar el acreedor una vez realizada la subasta debe efectuarse en base a las pautas fijadas por las partes y las que emanan de la ley, conteniendo la parte correspondiente a capital, intereses, honorarios y gastos documentados, clara y detalladamente efectuados los cálculos, a efectos de posibilitar su control por parte del deudor y del juzgado.

Los gastos no podrán superar por todo concepto el tres por ciento del crédito. Al hablar la norma de que es “por todo concepto” quedan incluidos absolutamente todos los gastos, incluso aquellos que la misma legislación pone a cargo del deudor. En principio, parece tender a excluir la posibilidad de participación profesional de un abogado, por lo menos, a cargo del deudor.

Teniendo en cuenta la cantidad de erogaciones que deberá realizarse, aun cuando muchos de los trámites están puestos al alcance del acreedor directamente, entre los que tenemos la intervención del notario en la verificación del estado del inmueble, lanzamiento, la realización de la subasta, la obtención de los certificados correspondientes, la colocación de los bienes del deudor en un depósito oneroso, la obtención de un segundo testimonio del título de propiedad, la publicación de los avisos, propaganda adicional, en su caso, la utilización de un local para la realización de la subasta, la contratación de un servicio de seguridad y la tramitación judicial de diversos actos, además de la intervención de los letrados respectivos, es seguro que parte de la erogación que significará este tipo de ejecución recaerá sobre el acreedor. Pero ello aparece como la justa contrapartida por la elección de este trámite extrajudicial claramente establecido en beneficio del cobro rápido de su crédito.

Por lo tanto, este porcentaje del tres por ciento del crédito difícilmente alcanzará para cubrir los distintos gastos que devengará la ejecución, debiendo el remanente de ellos absorberlos el acreedor, lo que es posible que desaliente este tipo de ejecuciones<sup>24</sup>.

En cuanto al pago de la tasa de justicia, al iniciarse las actuaciones con el pedido de constatación del inmueble e intimación a la desocupación. Se entiende<sup>25</sup> que el mismo debe calcularse sobre el monto del crédito que, en definitiva, se va a ejecutar pues aunque en una primera instancia se requieran aquellas únicas medidas, seguirán luego las actuaciones que fueron reseñadas, algunas con intervención directa, en determinadas y varias oportunidades, del órgano judicial, con lo cual no puede decirse que haya concluido la tramitación judicial con aquellas medidas de aseguramiento. Y no existe razón para darle un tratamiento diferente al de los distintos procesos judiciales, al no haberse establecido legislativamente una excepción al respecto. Se encontrarían, si no, aquellos que han optado por la vía judicial, en peores condiciones, lo que no parece justo.

### **RENDICIÓN DE CUENTAS Y DEPÓSITO JUDICIAL DEL SALDO DE PRECIO**

Realizada la subasta se procederá a depositar el remanente a la orden del juzgado competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada que deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes (art. 60).

Resulta ello contradictorio con el establecido en el artículo 63, que dispone: “La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito.

El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro.

Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida.”

Finalmente, sumándose a la confusión, del artículo 60 pareciera surgir que todo el precio deberá abonarse al contado.

En cuanto al tiempo, existen dos opciones:



- a) se trata de cinco días desde el remate, como parece surgir del art. 60
- b) se trata de cinco días desde el pago del precio, como expresamente lo indica el art. 63.

En cuanto a la persona, también existen dos opciones:

- a) se trata únicamente del acreedor, como parece surgir de este artículo
- b) se trata del acreedor o martillero, como expresamente lo indica el art. 63.

De acuerdo a lo indicado en esta disposición, correspondería el pago al acreedor y el cómputo desde el remate, pues la norma empieza diciendo que estos trámites comienzan a partir de un momento determinado, es decir tras ser “realizada la subasta”, y luego continua predicando que será el acreedor quien practicará la liquidación y el depósito del remanente. Sin embargo, en contradicción con éste, el art. 63 indica que el remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro y aclara los supuestos en que se paga al acreedor o martillero. Además, del art. 60 parece surgir que todo el precio se abonará al contado y en el acto del remate, lo que se contradice con los arts. 62 y 63.

En resumen, y para clarificar:

a) el acreedor debe practicar liquidación dentro de los cinco días de realizado el remate. Si él es el único titular de este tipo de créditos habrá cobrado la totalidad del precio aunque ello es prácticamente imposible que se dé en el acto de remate, porque significa que el interesado lleve la totalidad del dinero para cancelar el precio in totum, que no suele suceder, con lo cual deberá aclarar la parte que ha percibido, que según la norma citada, lo ha hecho en forma directa.

De la presentación deberá darse traslado al ejecutado, quien tendrá cinco días para impugnarla o aceptarla. Esta es otra de las oportunidades que la ley (art. 60) otorga al ejecutado para intervenir en el trámite; pero su impugnación de la rendición de cuentas no paralizará su avance, enderezado ahora al perfeccionamiento de la venta resultado del remate.

Si la liquidación se impugna, resolverá el magistrado como el habitual, normalmente previa vista de la impugnación o contra-liquidación, para dar oportunidad al acreedor a defender sus cálculos o allanarse a la advertencia sobre los equivocados. No se desprende que la pérdida del incidente dé lugar a la posibilidad de adicionar gastos y honorarios al máximo admisible a pagar por el ejecutado.

La economía procesal indica que puede llegar a ser innecesario iniciar otro procedimiento, pues no resulta útil que se corra la vista a los efectos de la

impugnación o aceptación para que todo quede ahí sin tomar decisión alguna al respecto, dejándose para resolver en otra etapa o en otro expediente. De todos modos, en su caso, el acreedor hipotecario tendrá el dinero en el bolsillo.

Si es el martillero el que percibe el precio será quien haga saber al juez dicha circunstancia acompañándola de la rendición de cuentas y liquidación de gastos y comisión.

b) la liquidación será sustanciada con el deudor y luego resuelta, en caso de impugnaciones, por el juzgado. Si la liquidación no se ajustara a derecho podrá el juez ordenar su modificación de oficio, pudiendo observarla también si la misma es confusa o no se ajusta a sus antecedentes.

### **ENTREGA DEL REMANENTE AL DEUDOR**

Puede obviarse la liquidación y rendición de cuentas judicial, entregándose directamente el remanente al ejecutado, siempre que se den ciertos requisitos:

- a) conformidad entre deudor y acreedor respecto del remanente
- b) inexistencia de embargos, inhibiciones u otros créditos.

Por el contrario, si hay intereses de terceros comprometidos, es decir si existen otros acreedores, el depósito judicial se impone. Ante la duda, también, pues el apresuramiento en devolver el dinero al deudor en perjuicio de titulares de otros créditos puede estimarse como negligente, con la consiguiente responsabilidad. Para saber si hay medidas cautelares, deberá adjuntarse el certificado del Registro de la Propiedad a que se refiere el art. 55.

### **COMPENSACIÓN DEL CREDITO DEL ACUERDO HIPOTECARIO**

Es muy frecuente, en la subasta judicial, que resulte adjudicatario del inmueble subastado el propio acreedor hipotecario. Sea porque le interesa la adquisición o inversión, sea en defensa de su crédito al no existir postores que cubran el valor, el acreedor hipotecario puede convertirse simultáneamente en comprador. No es obstáculo para ello la prohibición de pacto comisorio en materia hipotecaria, pues en el supuesto de la compensación media subasta pública.

Indica la norma que si resultare adquirente el acreedor hipotecario, procederá a compensar su crédito. La compensación se refiere a la del crédito con el precio del inmueble de acuerdo al resultado de la subasta.

Lo que ocurre es que las deudas se extinguen con fuerza de pago y hasta el alcance de la menor, por vía de la compensación (arts. 818 y ss., Cód. Civil). Es importante la imputación del pago, pues de ello dependerá la posterior reliquidación de saldos impagos.

El artículo 61 prevé esta posibilidad, autorizando al acreedor a compensar su crédito con el precio obtenido en la subasta hasta la concurrencia de la suma menor. Si el precio de venta supera la liquidación del acreedor éste debe un resto que será a favor de otros acreedores posteriores o al deudor. Si el precio es menor, quedará un saldo del crédito pendiente de pago a su favor. Todo esto, obviamente, debe estar sujeto al control judicial y a una resolución expresa que declare procedente la compensación.

Esa compensación puede efectuarse sin problemas cuando no existen otros acreedores de grado equivalente o preferente; en caso de acreedores que compartan su grado, sólo podrá hacerlo en su cuota parte, pues no puede compensar la totalidad porque implicaría cobrar su crédito íntegro, en perjuicio de los demás, por el solo hecho de resultar adquirente.

### **POSTOR REMISO**

Cuando el comprador no abona la totalidad del precio en tiempo, se debe efectuar un nuevo remate, siendo aquél responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados.

En nuestro sistema legal, el postor no llega a adquirir el dominio por lo que una diferencia favorable en un nuevo remate beneficia al deudor, propietario primitivo, y el precio menor obtenido lo perjudica a aquél a título de responsabilidad. Esto es lo que recepta la ley 24.441 en el artículo 62. Responde el postor por la diferencia obtenida en el segundo remate y la oferta que él efectuara en la primera oportunidad. Se hace responsable también de los intereses por el acrecentamiento de la deuda en el lapso acaecido hasta la segunda subasta, que se hubieran podido ahorrar, de adelantarse el cobro; y de los gastos ocasionados para la realización del nuevo remate.

Esta responsabilidad en cabeza del postor remiso tiende, en suma, a poner a las partes perjudicadas en la misma situación patrimonial que tendrían de haberse realizado el pago oportunamente y perfeccionado la venta.

La responsabilidad del postor remiso no releva al deudor de sus propias obligaciones, inclusive por los periodos y conceptos encuadrados en la responsabilidad del incumpliente. Por ello, si se obtiene suficiente dinero del precio en la nueva subasta como para enjugar el crédito, el acreedor optará por cobrar de allí y dejar al deudor la tarea de obtener la restitución a cargo del postor remiso. Si por el contrario, el precio resulta insuficiente, será el acreedor quien se tomará el trabajo de promover el cobro respectivo. Y puede el incumpliente poner un límite a su responsabilidad intimando al acreedor a que realice una nueva subasta para evitar que el acreedor, si el remiso es solvente, la dilate injustificada e indefinidamente para cobrar de él los intereses que va devengando el crédito.

El postor no pierde la seña pagada, lisa y llanamente, como en otro tipo de venta, sino que las sumas están sujetas a las responsabilidades emergentes de la ley, que son:

a) disminución real del precio: en la nueva subasta podría ocurrir que se lograra un precio mayor, con lo que no habría perjuicio para las partes, o más bien, habría verdadero beneficio por haber perdido al adjudicatario original. Pero el cómputo debe hacerse en términos de moneda constante. El postor entonces responde por la diferencia en menos entre el precio del nuevo remate y la oferta que él hizo en la subasta que quedó sin efecto.

b) intereses acrecidos: aún obteniéndose el mismo precio real en la subasta, el solo tiempo transcurrido entre uno y otro acto hace aumentar la deuda por el devengamiento de nuevos réditos, que se hubieran ahorrado de adelantar el cobro. Se hace responsable al postor remiso por la pérdida de tiempo y todos los intereses generados entre el primer y el segundo remate, a fin de colocar a las partes en la misma situación que si éste hubiese cumplido.

c) gastos ocasionados: la necesidad de nuevos remates ocasiona gastos de actualización de certificados, publicidad u otros que hubieran resultado innecesarios de haber pagado el postor el precio en tiempo oportuno.

## **PERFECCIONAMIENTO DE LA VENTA**

De conformidad al artículo 63: “La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecho la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente...”

Por lo tanto la venta queda perfeccionada una vez pagado el precio de venta y hecha la tradición. Se equipara la ejecución extrajudicial a la judicial en el sentido de que no exige la escrituración para tener perfeccionada la venta.

Se adquiere el dominio con la realización de la subasta, la integración del precio y la entrega de la posesión que será oponible a terceros una vez realizada la inscripción registral.

En casos de subasta judicial, el título suficiente en virtud y consecuencia del cual se hace tradición, está dado por la subasta pública (art. 1184 Cód. Civil). La nueva ley 24.441 da trato igualitario a la venta proveniente de la vía especial de ejecución extrajudicial.

Asimismo es necesaria la integración del precio. Esta situación también es excepcional en nuestro derecho civil en que el dueño se desprende del derecho de propiedad con título y modo, sin necesidad de pagar el precio por parte del adquirente, aunque la operación sea de contado, pero es lógica, pues dada la calificación de la subasta, sería absurdo dar por adquirido el dominio en el comprador, para luego tener que perseguirlo para que pague.

También la tradición se hace de manera especial, la que en el caso de subasta judicial está dada por el mandamiento de posesión. El mismo, en muchos supuestos, opera una suerte de constituto posesorio (art. 2462, inc. 3º Cód. Civil), ya que convierte en tenedor al poseedor que se queda en la casa hasta el lanzamiento. En la nueva legislación puede ocurrir de manera distinta, dadas las disposiciones sobre desocupación anticipada.

Pero el comprador no puede acreditar su derecho, ya que para ello debería tener el expediente o las actas, que no le pertenecen ni pueden quedar en su poder. En consecuencia, necesita transcribir las piezas pertinentes en una escritura de protocolización para contar con un instrumento que pruebe su dominio. En síntesis, en tanto que en los casos de venta extrajudicial particular o privada, la escritura que instrumenta el contrato de compraventa es título suficiente para adquirir el dominio, en el supuesto de venta judicial y extrajudicial especial en las condiciones legalmente señaladas, el título en el sentido de causa y aun de documento, es el expediente y

constancias o actas notariales. Estas actuaciones se copian para darle al adquirente un instrumento que sea prueba de su título.

## **PAGO DEL PRECIO**

La venta se realiza en dos pasos: pago de la seña en el momento del remate y saldo de precio, en un plazo fijado. Ya se ha señalado que la posibilidad de que se obre la totalidad del precio en el acto de subasta es remota.

A diferencia de la subasta judicial, será el acreedor el que fije el plazo para el pago del saldo de precio, también el lugar y sus modalidades.

Vencido el plazo, el pago, por aplicación de los principios que rigen en materia de subasta judicial, podrá efectuarse hasta la realización de un nuevo remate, ya que el mero vencimiento del plazo no trae aparejado el decaimiento del derecho. Todavía existe causa para el pago hasta que se lleve a cabo esa nueva subasta, aunque deberá contener los intereses respectivos, habiéndose incurrido en mora.

El pago debe hacerse en el plazo estipulado aclarando a quién según dos hipótesis:

a) Pago directo al acreedor: el pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito. Desde el momento que el destinatario definitivo de los fondos, en la medida de su crédito, es el acreedor, no hay obstáculos a que el comprador le pague en forma directa, aun en casos judiciales.

Sin embargo, existen algunos riesgos:

1. que el crédito del acreedor sea menor al precio, lo que no rige para la subasta extrajudicial, ya que el acreedor es responsable de depositar el remanente para otros acreedores o restituir al deudor.

2. que haya otros acreedores privilegiados que tengan mejores o iguales derechos a los del ejecutante, lo que acá se prevé como supuesto de pago al martillero.

3. que el crédito del ejecutante estuviera embargado o de cualquier manera trabado por derechos de terceros, supuesto no previsto y que deja por cuenta de los acreedores tomar las disposiciones de resguardo pertinentes.

Cuando haya cobrado el acreedor deberá depositar a la orden judicial el remanente sobrante de la liquidación; tiene plazo hasta el quinto día de realizado tal cobro.

b) Pago al martillero: si hubiere más de un acreedor el pago deberá hacerse al martillero interviniente. Como el comprador será absolutamente ajeno al conocimiento de la eventual existencia de coacreedores hipotecarios, el tema debe estar resuelto antes de la subasta: al disponer la misma el acreedor ejecutante indicará cuál es la situación y dónde y a quién deberá abonarse el precio, con sus consiguientes responsabilidades.

A diferencia del acreedor, cuando el martillero haya recibido el precio, depositará el total del precio, lo que hará previo descuento de su comisión. Sin embargo, ello no significa que la comisión incida sobre el precio, sino que le será innecesario depositar también la comisión, percibida como valor de su trabajo, que está a cargo del adquirente en la subasta, ya que el adquirente debió pagar el precio, con más la comisión del martillero.

El juez citará a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida, trámite que deberá continuarse por parte del acreedor que dispusiera la subasta, como carga adicional, sin perjuicio de que los beneficiados con la actividad abonen las pertinentes costas. Para la individualización de los acreedores será necesario agregar un certificado del Registro de la Propiedad, la citación de los embargantes, inhibientes, hipotecarios de grado menor, etc.. Los acreedores plantearán las cuestiones de preferencia o privilegios que estimen corresponder, las que será resueltas por el magistrado interviniente.

### **TRADICIÓN DEL INMUEBLE**

En tanto en nuestro derecho es necesaria la tradición de la cosa (arts. 577, 3265, 2601 y cons. Cód. Civil) para hacer adquirir el dominio al comprador, consistiendo la entrega en una de las principales obligaciones del vendedor, es necesaria también en la compraventa forzosa.

En la venta extrajudicial, de acuerdo a lo que expresan las disposiciones de la ley 24.441, si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá hacer tradición de la cosa directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desocupación anticipada, la entrega de la posesión deberá ser realizada con intervención del juez, aunque las diligencias se hacen por medio del escribano en lugar del oficial de justicia (art. 63).

En el texto de la norma aparece cierta confusión entre la posesión y la tenencia. Cabe señalar que:

a) el acreedor ostenta la tenencia, pues el deudor no pierde la posesión hasta tanto se lleve a cabo la compraventa por subasta y se haga tradición al comprador. Además, el acreedor no puede transmitirla directamente porque no la tiene. Será necesaria una declaración judicial que así lo determine o que establezca que el comprador ha tomado posesión del inmueble (porque no es necesaria la realización del acto de toma de posesión).

b) la posesión puede adquirirse aunque el inmueble esté ocupado, pues es independiente de la efectiva desocupación, que –si existen terceros o hay complicaciones- podrá venir luego por vía de incidente, de juicio de desalojo, etcétera..

No siendo suficientes las meras cláusulas declarativas (art. 2378 Cód. Civil), no puede incurrirse en ellas tampoco en la venta forzada. Ello obliga a la parte compradora a constituirse en el inmueble, sea con el oficial de justicia, sea con el notario, a tomar la posesión de la cosa. Y la distinción con la tenencia adquiere importancia cuando el inmueble está ocupado por personas diferentes del deudor a quienes no se puede desahuciar sin ser oídas.

### **ESCRITURA DE PROTOCOLIZACION DE ACTUACIONES**

Tratándose de una subasta pública la venta quedó ya perfeccionada y la escritura de protocolización de las actuaciones del remate constituye una simple acta de relación y transcripción de antecedentes y actuaciones de las piezas que conforman el verdadero título, a la que se agrega el cumplimiento de las exigencias fiscales y administrativas, datos del inmueble, antecedentes dominiales y todo lo necesario para dotar al adquirente de un instrumento acreditativo de su título.

El artículo 63 establece al respecto que: “La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de:

- a) La intimación al deudor en los términos del artículo 53;
- b) La notificación del artículo 59;
- c) La publicidad efectuada;
- d) El acta de la subasta.

Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo.

Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción.”



Dadas sus características, la protocolización de las actuaciones no requiere la firma del ejecutado, la venta ya está perfeccionada. La norma no indica expresamente al consignar que no será necesaria la comparecencia del ejecutado.

Se establecen expresamente las constancias que deben quedar plasmadas en la escritura. Los documentos deben quedar agregados al protocolo del notario y foliados en razón de que no han sido incorporados a un expediente judicial (por lo menos la gran mayoría de las actuaciones).

Se ha requerido muchos menos elementos de los que son exigidos para la subasta judicial, y ello porque muchas de esas actuaciones no han sido formalizadas por escrito. Sin embargo, será conveniente que sean incorporados otros, como las actuaciones relativas a la entrega de la posesión.

De todos modos, dado que el procedimiento especial de la ley 24.441 no es totalmente extrajudicial, pueden existir elementos que agregar que cada notario apreciará de acuerdo a su experiencia profesional.<sup>26</sup>

## **LEVANTAMIENTO DE EMBARGOS E INHIBICIONES**

La norma establece que los embargos o inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción (aparece así la conveniencia de que al momento de prepararse la subasta el acreedor efectúe la presentación judicial correspondiente aunque esto no esté previsto legalmente).

Producida la citación y comprobado su diligenciamiento, lo que será conveniente que sea con la contestación respectiva del juzgado, recién se librará el oficio al Registro de la Propiedad.

También se procederá a la cancelación de la hipoteca, aun cuando ello no ha sido previsto en la disposición legal. Podrá hacerse notarialmente.

Las medidas cautelares se levantan provisoriamente, al solo efecto de escriturar, y una vez ingresado el título del comprador en el Registro de la Propiedad aquéllas se levantarán en forma definitiva, lo mismo que la cancelación de la hipoteca.

Las inhibiciones, por el contrario, subsisten pues se han trabado sobre el deudor, se refieren a su persona y no a la cosa, sin perjuicio de que, si el acreedor inhibiente logró cobrar, el deudor puede lograr su levantamiento definitivo por donde corresponda.

## **IMPUGNACIÓN JUDICIAL DEL DEUDOR**

Se ha visto que el acreedor y el escribano que lo representa, actúan a paso forzado, sin obstáculos y con viento a favor, pero, acordándose la ley de que también se halla en juego la suerte de la castigada posición del deudor.

Se prevé en el artículo 65: “Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor:

- a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta;
- b) La liquidación practicada por el acreedor;
- c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible.”

Puede resultar tardía la posibilidad del deudor de recurrir a la vía judicial para presentar sus reclamaciones, una vez que se ha subastado su inmueble y frente a lo cual sólo le queda la indemnización de daños y perjuicios.

No se trata del juicio ordinario posterior al ejecutivo pues en este procedimiento ese juicio ejecutivo no ha existido, y en consecuencia, el trámite será el del proceso más abreviado que solicite el deudor. Como está en sus manos solicitar la vía a seguir, puede también pedir la ordinaria, si estima que es la adecuada a la mejor defensa en juicio que le ha faltado.

Independientemente de la facultad del deudor de haber pedido la intervención de los tribunales para obtener una suspensión del lanzamiento o de la subasta, o de haber participado en los sectores del procedimiento sin que se le dio alguna mínima intervención, esta disposición presupone que todos los actos de ejecución ya se realizaron. Tal vez el obligado no se presentó antes, tal vez no obtuvo lo que se proponía. No por ello perdió la posibilidad de acudir ante un juez, ya que la oportunidad legal definitiva se le brinda en este momento.

La norma señala cuáles son las causales de impugnación posterior a la ejecución extrajudicial y esa enumeración aparece, en principio, como taxativa aunque, por su propia redacción, puede dar cabida a otros planteos:

a) *no concurrencia de los hechos que habilitan la venta*: la omisión de alguno de los pasos previstos por la ley para llegar a la venta del inmueble por parte del

acreedor y que le causare perjuicio podrá dar lugar a responsabilidades del acreedor y si, entonces, hubo daño cabrá la indemnización correspondiente. Si no hubo daño, tal falta puede igualmente dar lugar a responsabilidades del acreedor pues objetivamente incumplió .

Aunque el abuso de facultades especiales otorgadas por la ley se sanciona, esta sanción es bastante tardía. El acreedor ya ha vendido el inmueble y cobrado su crédito.

Los hechos que habilitan la venta son los siguientes:

- 1- art. 55: informe sobre dominio y gravámenes
- 2- art. 56: expedición de segundo testimonio del título de propiedad
- 3- art. 56: liquidación de deudas por servicios
- 4- art. 57: verificación del estado del inmueble
- 5- art. 57: presencia del escribano en el remate
- 6- art. 57 y 58: publicidad del remate
- 7- art. 58 y 61: base de la subasta
- 8- art. 59: notificación a interesados

b) *impugnación de la liquidación*: como ya se ha visto, existe un trámite de sustanciación de la liquidación que practicara el acreedor a través del cual puede impugnarla el deudor. Sin embargo, pareciera que aunque el deudor no haya observado la liquidación en esa oportunidad, podrá impugnarla en esta etapa. Ahora, si lo ha hecho, tal impugnación no resultará procedente pues sobre esas cuestiones planteadas habrá mediado pronunciamiento. Es cierto que las liquidaciones se aprueban en cuanto hubiera lugar por derecho, esto es, que si se demuestra el error o la omisión puede reverse lo actuado; pero si esa observación ha sido ya señalada no es posible reeditarla, habiendo ya sido objeto de una decisión al respecto con lo cual ha precluido la cuestión.

c) *incumplimiento de los recaudos de la ejecución especial*: de probarse este incumplimiento, es gravísimo por las consecuencias que ha debido traer aparejado para el deudor. No todos los supuestos pueden equipararse. Y algunos de ellos podrán haberse planteado en el momento oportuno para evitar esas consecuencias gravosas.

Los recaudos de la ejecución son los siguientes:

- 1- art. 52: pacto expreso de la vía especial
- 2- art. 53: intimación de pago por medio fehaciente
- 3- arts.54 y 63: intervención judicial para el lanzamiento
- 4- arts. 60 y 67: liquidación de la deuda

- 5- arts. 60 y 63: depósito o entrega del remanente
- 6- art. 60: rendición de cuentas documentadas
- 7- art. 62: responsabilidad del postor remiso
- 8- art. 63: perfeccionamiento de la venta
- 9- art. 63: citación de jueces para levantamiento de medidas cautelares
- 10- art. 64: defensa frente a subasta o lanzamiento
- 11- art. 65: habilitación de impugnación posterior
- 12- art. 66: posibilidad de sobreseimiento del juicio
- 13- art. 67: facultad de pedir reducción de saldo impagos

En cuanto al procedimiento, más allá de la radicación por conexidad en el tribunal que pudiera haber intervenido en los trámites relativos a la ejecución especial, se trata de actuaciones separadas y diferentes, iniciadas por el deudor, en las que reclamará la indemnización correspondiente. Como tal, si bien puede elegir el trámite más abreviado, no puede llegar a la vía incidental, pues requiere de un marco de mayor debate y prueba.

De acreditarse los extremos previstos en la ley al acreedor, éste deberá indemnizar los daños causados, además de las responsabilidades penales y administrativas de las que pudiera ser pasible.

### **SOBRESEIMIENTO DE LA EJECUCIÓN**

Es claro que la finalidad del procedimiento no puede ser otro que el cobro del crédito impago, si alguna posibilidad existiera de que algunos acreedores tuvieran la intención de la subasta misma del bien hipotecado por resultarles más rentable, esto en Derecho no puede ser admitido.

Es por eso que el deudor está autorizado a pagar y cumplir con su obligación antes de realizada la subasta, con lo cual libera sus bienes, evitando se continúe con la ejecución. El interés del acreedor está cubierto con la satisfacción de su crédito y no puede oponerse.

El artículo 66 prevé que “Dentro de los treinta (30) días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento (3%) previsto en el artículo 60”.

El sobreseimiento que se traduce en la posibilidad de invalidar una subasta pública mediante el depósito por el deudor del capital adeudado con las costas causídicas se ha incluido con ciertas particularidades en la nueva ley de vivienda, que en consecuencia, da una oportunidad final al deudor a fin de que pueda rescatar el tan preciado inmueble, pese a estar involucrados los intereses del comprador.

En definitiva, se ha optado por el valor solidaridad en vez de seguridad. Pero, al estar claros los términos en que se pueden ejercer los derechos, tampoco ha agraviado profundamente a esta última. La norma dice que la facultad de recuperar la propiedad del inmueble puede ejercerse dentro de los treinta días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, cómputo que debe interpretarse corre desde la fecha de la subasta, no desde el comienzo de la ejecución.

Es indiferente que se haya pagado o no el precio por parte del comprador en la subasta, quien está expuesto al rescate tardío durante el tiempo fijo de treinta días señalado a partir del día de la subasta.

Se sostiene que la nueva ley incurre en algunos defectos al regular la institución, ya que indica que:

- a) con relación al acreedor, no debe pagar nada
- b) con relación al comprador, debe pagar:
  - 1. el precio obtenido en la subasta
  - 2. una suma equivalente al 3% del crédito en concepto de gastos

Por eso se entiende que la norma:

- a) No distingue entre el supuesto en que el comprador haya o no abonado al acreedor o al martillero el precio completo o sólo la seña.
- b) No distingue entre el supuesto en que el precio haya o no alcanzado a enjugar la obligación ejecutada.
- c) Omite la comisión del martillero que el adquirente abonó y que no es un gasto de la ejecución que integre las costas a cargo del deudor.
- d) Indica que los gastos de la ejecución los debe pagar al comprador en lugar de al acreedor.

De acuerdo al debate parlamentario, lo que ocurre es que el deudor puede readquirir el inmueble por el mismo precio más los gastos, pero:

- a) Si quedó saldo insoluto o subsisten otras deudas, al recomprarlo le será rematado nuevamente pues responde con todos sus bienes, ya que en nuestro sistema jurídico la subasta es causal de cancelación de la hipoteca pero no de la deuda.

- b) Si no quedó saldo insoluto y el precio es superior al monto del crédito, es suficiente pagar la deuda más los gastos, pues el remanente le pertenece al deudor y puede devolverse al acreedor.

En suma, salvo que esta norma implique extinción del resto insatisfecho por el remate, lo que no es así en atención al texto del artículo siguiente, siempre debe abonar la obligación con sus accesorios.

### **PROSECUCIÓN DE LA EJECUCIÓN POR VIA JUDICIAL Y FACULTAD DEL DEUDOR PARA PEDIR LA REDUCCIÓN DE LA DEUDA IMPAGA.**

El artículo 67 prevé que si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local (podría ser el sumarísimo, sin descartarse desde luego una demanda incidental). Obviamente en cualquier caso debe asegurarse adecuadamente el derecho de defensa en juicio del deudor.

Esta nueva liquidación deberá ser sustanciada con el deudor, y una vez firme la misma, el acreedor está en condiciones de perseguir su cobro como si se hubiera encontrado en ese estadio procesal, en una ejecución judicial, pudiendo requerir medidas precautorias para asegurar el cobro del saldo insoluto.

Por su parte, se prevé en la misma norma la posibilidad para el deudor de solicitar la reducción equitativa del saldo insoluto, que podría considerarse como una quita judicial. Se condiciona a que se hubiera obtenido un precio muy bajo en el remate, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble, sin que sea necesaria negligencia por parte del acreedor, sólo un precio considerado vil, en cuyo caso ambos, acreedor y deudor, contribuirán a cargar sus consecuencias para que la escasez de lo obtenido no recaiga sobre el deudor únicamente. La cuestión no transita por la relación entre el monto de la deuda y el valor del inmueble, sino por la pérdida sufrida por el ejecutado en virtud de haberse malvendido la cosa.

Desde luego que determinar estas contingencias relativas al inmueble quedará librado al criterio judicial, a cuyo efecto podrá recabarse la opinión técnica de peritos ingenieros, arquitectos o martilleros.

Pareciera ser esa previsión la última compensación al deudor, una especie de premio consuelo por un trámite claramente desventajoso para la expropiación

de su propiedad. Nada más irritante que esta especie de tardía reparación, que tiene tan poco justificativo como lo tiene todo el procedimiento de subasta que lo precedió, para poner en evidencia la conciencia cabal que tienen, quienes concibieron este procedimiento, de las garantías y derechos básicos que le han arrebatado al ciudadano común, que es el directamente afectado por este singular trámite de expropiación.

## **CAPÍTULO VI**

### **INCUMBENCIA NOTARIAL EN LA LEY 24.441**

Otro aspecto cuestionable de la ley bajo estudio es la competencia atribuida al notario.

La Ley 24.441 posibilita la actuación del notario en las siguientes etapas:

a) en la ejecución hipotecaria especial prevista por el art. 57 el escribano deberá participar en la verificación del estado físico de ocupación del inmueble a subastar y, si el inmueble resultare ocupado, en el mismo acto el escribano intimará su desocupación en el plazo de diez días con el apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. Si el inmueble no se desocupa en el citado plazo el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble a costa del deudor.

b) en la subasta extrajudicial prevista en el art. 57, el notario deberá estar presente para labrar el acta de remate.

c) más adelante, al referirse al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el art. 79, la Ley 24.441 vuelve a asignar idéntica tarea al escribano actuante.

Por ello hay quienes sostienen que puede advertirse que se ha producido una atribución equivocada al funcionario notarial. El escribano sólo puede actuar en cuestiones voluntarias.

En el ámbito doctrinario se advierte el exceso de atribución de competencia con facilidad. Todo lo que sea otorgamiento de actos en concurrencia de voluntades y, aun la constatación de hechos, puede ser realizada por el notario, en tanto justamente no sea necesario el auxilio de la fuerza pública.

Surge del artículo 980 del Código Civil, que además ha sufrido un agregado por Ley 24.441, que existen distintas competencias materiales. Para la validez del acto es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones respecto de la naturaleza del acto. De esta norma se puede inferir que el legislador ha planteado la existencia de distintas naturalezas de instrumentos públicos. Asignándoles a cada una de ellas una atribución específica, caso contrario carecería de razón de ser el



citado dispositivo. La norma pues, nos permite asegurar la distinción entre los instrumentos públicos judiciales, notariales y administrativos.

Sentada así la existencia del instrumento notarial como documento autónomo, cabe esforzarnos por determinar cuáles son, respecto del funcionario autorizante, los límites de sus atribuciones a que hace referencia el art. 980 del Código Civil.

Se sienta como regla general que la actuación notarial sólo puede tener lugar en situaciones no controvertidas, de jurisdicción voluntaria, no contenciosas. Es en la concurrencia de voluntades donde halla el notario su medio funcional. El notario actúa en el desenvolvimiento normal del derecho y no en sus patologías.

La Ley 24.441, ignorando la doctrina y los principios que fundamentan nuestra legislación, avasalla la función del notario pretendiendo equivocadamente atribuirle funciones en procedimientos controvertidos y contenciosos, cual si fuese un Oficial de Justicia, llegando al punto de obligarle a allanar domicilios y violentar cerraduras. Ello con el agravante de que, en algunos casos, como en el del art. 54, ni siquiera cuenta con el aval jurisdiccional.

En síntesis, la Ley 24.441, amén de violentar el art. 17 de la Constitución Nacional y de alterar las jurisdicciones locales (art. 75 inc. 12), arrogándose poderes no delegados por las provincias (art. 121 C.N.), subvierte también la atribución funcional de los notarios.

### **FACULTADES DEL JUEZ EN LA LEY 24.441**

Por lo expuesto, las facultades del juez se encuentran acotadas, pero no se prescinde de ellas. Si bien la Ley 24.441 organiza para la subasta en régimen que ella denomina “extrajudicial” (con diversos giros: “remate previo extrajudicial”, art. 53, “sin intervención judicial”, art. 57, “ejecución extrajudicial”, art. 66), vemos que entra en crisis por la inserción parcial –necesaria y fundamental- del obrar jurisdiccional de lo cual se sigue que tales ejecución y subasta extrajudiciales, son sin embargo impuras. En parte extrajudicial y en parte –aunque éste no haya sido el propósito del legislador-judicial. No se considera que haya autonomía extrajudicial.

Como resumen y en lo que hace a la intervención del juez, vencido el plazo de la etapa preparatoria (art. 53) e incumplido por el deudor el pago, el acreedor queda facultado:

A presentarse acompañando con la letra o cupones un certificado de dominio del bien gravado ante el juez competente (con la letra hipotecaria y/o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado; ambos –independiente uno del otro- son títulos ejecutivos especiales). Pero no para promover la pretensión ejecutiva especial hipotecaria, sino para otros fines diferentes a alcanzarse por intermedio del juez: dos actividades de sustancia cautelar asegurativa del bien: a) verificar el estado físico y de ocupación del inmueble objeto de la hipoteca, y b) obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. No necesariamente tienen que acumularse ambas pretensiones, pudiéndose (sería menos abusivo) limitarse a verificar el estado de ocupación, aunque la regla será la gestión de ambas.

### **PLANTEOS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA SUBASTA EXTRAJUDICIAL**

Es importante la norma que concretamente recuerda la necesidad de conformidad del deudor para este tipo de expropiación directa que conlleva la renuncia al derecho a la jurisdicción, pues el intento de remate sin sentencia ante la falta de sometimiento expreso al nuevo sistema puede dar lugar a cuestionamientos constitucionales.

Por cierto, hay quienes sostienen que no hay inconveniente en que la cláusula por la que se pacta la ejecución extrajudicial de la hipoteca “autorice” pero no obligue al acreedor a acogerse a este régimen especial; de manera que, al momento de promover la ejecución, pueda encontrarse en manos de la posibilidad de optar por la vía especial convenida o por la común prevista en la pertinente ley procesal.

Se menciona, desde otra posición, que no se ve afectado el orden público, y es por ello que las partes pueden disponer libremente, acudiendo de esta forma especial de ejecución introducida por la ley 24.441.

Sin embargo, el derecho a la jurisdicción es un derecho irrenunciable, también lo es el derecho a la propiedad. Y el orden público se puede ver afectado en este punto, siguiendo la letra pura de la ley, por todas las consecuencias que la vulneración a tales derechos trae aparejada, sobre todo en cuanto el derecho a la jurisdicción tiene que ver con el sostenimiento de uno de los tres poderes del Estado que significa la verdadera garantía del ciudadano común y no es respetado. Quitar de la órbita de la jurisdicción cuestiones de tanta trascendencia como la expropiación de una

propiedad afecta el orden público porque afecta la posibilidad de su efectivo contralor por parte de los jueces y la garantía que ello importa.

Se esgrime la norma del art. 21 del Código Civil que, al establecer que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”, no puede dejar dudas sobre la inconstitucionalidad del art. 57 y la subasta extrajudicial. En efecto, el art. 17 de la Constitución Nacional es de orden público y el convenio de las partes no podrá dejarlo sin efecto.

En el debate parlamentario algunos legisladores tacharon a estas disposiciones de inconstitucionales, sobre todo en cuanto disponía sobre materia de procedimiento legible en el ámbito provincial, sobre el que se entendía se avanzaba sin facultad para ello, y porque no existía una condena judicial previa contra el deudor que diera basamento al procedimiento ulterior de remate extrajudicial de la propiedad, ello ante la falta de pago de dos cuotas de las obligación, contraviniendo lo expresamente dispuesto por el artículo 17 de la Constitución Nacional que establece que nadie puede ser privado de su propiedad sin sentencia fundada en ley.

Como ya hemos visto, por disposición del art. 57 de la Ley 24.441, el acreedor, cumplidos los recaudos previos, ordenará por sí, sin intervención judicial alguna, la subasta del bien hipotecado. Este es el aspecto más criticable de la ley en estudio. Es efecto, la citada norma choca frontalmente con el principio del art. 17 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en Ley”.

Sin embargo, el supuesto no nos era desconocido antes de esta Ley. Como ya había anticipado, ya para el Banco Hipotecario Nacional el legislador habría previsto en el art. 44 de la Ley 22.232, ordenada por Decreto 640, un procedimiento similar de ejecución extrajudicial. Este supuesto también se hizo extensivo a algunos supuestos para el Banco de la Nación Argentina.

Los planteos de inconstitucionalidad de este precepto fueron numerosos, algunos con resolución favorable y otros desfavorables a esta posibilidad de ejecución extrajudicial. La Corte Suprema remarcando el carácter de institución pública de la entidad crediticia, lo que no se da en los casos de la Ley en estudio, dictaminó que “la facultad del Banco Hipotecario Nacional para vender por sí y ante sí los bienes hipotecados con sujeción a los preceptos de su Ley y reglamento, comporta una seguridad insustituible para los intereses de la Institución que no deben ser perturbados por las complicaciones y dilaciones propias de los procedimientos judiciales, no

pudiendo los jueces suspender o trabar el procedimiento del Banco para el ejercicio de sus facultades o para la venta de los inmuebles hipotecados”.

En verdad, son ya de antigua data las opiniones de los tratadistas que venían bregando por una vía más rápida para la ejecución de las hipotecas. Sería necesario un procedimiento de ejecución hipotecaria especial, más rápido y que posibilite menos chicanas, fomentando así el crédito hipotecario.

Por otra parte se estima que, si el criterio era evitar la dilación del proceso mediante actitudes maliciosas del deudor, ello podría haberse solucionado acortando los plazos y limitando las excepciones; pero nunca atentando contra el derecho de propiedad de raigambre constitucional<sup>27</sup>.

Se podría argumentar, sin embargo, que el deudor aceptó el procedimiento legal de ejecución extrajudicial al momento de contratar la garantía. El no fue sorprendido por esta situación. Es más, en algunos casos ha debido pactar expresamente el procedimiento extrajudicial. Habría allí una fuente contractual que conviene el proceso? Se trataría de aducir la existencia de un convenio previo, que admite la subasta en esas condiciones.

Sin embargo, son varias las objeciones que se pueden efectuar a estas argumentaciones. En primer lugar, el lado fuerte de la relación hipotecaria, será, en la generalidad de los casos, el acreedor quien terminará por imponer la cláusula de ejecución extrajudicial con prescindencia de la voluntad del deudor que, ante la necesidad concreta, suele dejar para más adelante hallar solución a su futuro problema: la subasta de su propiedad.

Por otra parte, y con un argumento más jurídico, debemos tener presente que en varios dispositivos del Código Civil, Vélez prohíbe expresamente el comiso, o lo que en doctrina se llama el pacto comisorio; no entendida como la facultad resolutoria del art. 1203 y 1204 del mismo código, sino como la facultad del acreedor prendario, anticresista o hipotecario de hacerse de la cosa ofrecida en garantía (arts. 3222 y 3252 del Código Civil).

Acudimos a las fuentes de la normativa, aquellos antecedentes legislativos y jurisprudenciales, tanto nacionales como extranjeros, que habrían dado nacimiento a la nueva institución. La influencia anglosajona es tan imperante y decisiva en cada una de las normas de la Ley 24.441 que debemos acudir a la legislación y jurisprudencia estadounidense.

Tradicionalmente, en los Estados Unidos, frente al Common Law aparecían las Corte de Equidad, cuya función sustancial radica en atemperar el

rigorismo lógico de una norma abstracta para adecuarla con más justicia al caso concreto. En la garantía hipotecaria, vencido el día legal, el acreedor se transformaba ipso ipso en propietario de la cosa; lo que chocaba abiertamente con el más elemental sentido de justicia. Por ello las Cortes de Equidad hacen nacer la llamada “equidad de rescate” que nuestra Ley 24.441, en conflictiva norma ya estudiada, resucita en su artículo 66.

Días, varios meses y hasta años podía llegar a tener el propietario para hacer valer su equidad de rescate. En dieciocho estados, a pesar de la prohibición constitucional, se admitiría la ejecución extrajudicial. Casi todos los estados la prohíben y aun en aquellos en los que se admite, los tribunales están prestos a dejarla sin efecto ante el más mínimo reclamo de su propietario. Ello ha desprestigiado tremendamente el sistema por su precariedad y la inseguridad de los adquirentes.

Nuestros legisladores copian del lugar equivocado, en el momento equivocado y lo que ya no sirve.

Ocurre que en los Estados Unidos, tal como acaecía en nuestro antiguo derecho romano, no se advierte con claridad, la diferencia entre una garantía real como la hipoteca y el derecho de propiedad que sobre la cosa hipotecada subsiste en cabeza de su titular.

Pero la jurisprudencia que se ha pronunciado por la constitucionalidad de la ley 24.441, ha sostenido:

*El artículo 79 de la ley 24.441 no es inconstitucional. Ello es así, pues los propósitos de la citada ley, que consisten en dinamizar los diversos aspectos que permitan llevar adelante un plan de financiamiento de la vivienda, que la haga accesible a un universo mayor al actual y al propio tiempo aumente significativamente la absorción de mano de obra desempleada y subempleada, no sólo son adecuados al régimen constitucional sino verdaderamente plausibles en orden al afianzamiento de la situación social y jurídica.*

*La tónica de desjudicializar los aspectos no esenciales de los trámites procesales no sólo se ha remarcado en la ley 24.441, sino que tal extremo debe comprenderse dentro de los diversos proyectos en trámite parlamentario, impulsados por el Ministerio de Justicia. Su finalidad es descongestionar el cúmulo de trabajo tribunalicio para lograr una mejor prestación del servicio de justicia y prepara la incorporación de la reforma procesal, que introducirá la oralidad en el sistema procesal civil (del dictamen del fiscal de Cámara).*

(CNCiv., Sala C, 3-X-1995, “Eurofin de Inversiones c/ Kuperman, V. S/ ejecución hipotecaria, E.D., 19-II-1996).

Sostiene Andorno que, si bien se alzaron algunas voces cuestionando la constitucionalidad del trámite analizado en este trabajo, no obstante el angostamiento defensivo del deudor y ocupantes, no es audible tal tacha de invalidez constitucional, por las mismas razones que un sector de nuestra doctrina autoral procura incorporar entre nosotros a los denominados procesos ejecutivos de estructura monitoria, tal cual ocurre por ejemplo en Italia, entre otros países.

Por su parte, Morello sostiene que en cuanto a si es constitucional el régimen descrito, pese al angostamiento defensivo del deudor y ocupantes no es audible la tacha de invalidez constitucional, por las misma razones que expresara al propiciar la incorporación de los procesos ejecutivos de estructura monitoria.

Conforme a la sistemática del nuevo ordenamiento parecería que el ejecutado no podrá interponer recurso alguno ni promover incidente tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el art. 54, sentado ello como principio general; empero, la norma deja a salvo la posibilidad del recurso, primero de reposición con apelación en subsidio y también el incidente de nulidad si hubiera vicios graves de actividad, como el de no haberse realizado la intimación de pago, que es trámite esencial, irrenunciable, o no se hubiera pactado la vía elegida.

Por el contrario, en el expediente “Citibank N.A. c/ Pozzi Adolfo H. S/ ejecución hipotecaria” , la Cámara de Apelaciones de Mar del Plata declaró inconstitucional el régimen de ejecución extrajudicial, pergeñando en la década de los 90’ para “estimular el mercado inmobiliario”.

En un fallo pionero, de enorme trascendencia social, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala II, de Mar del Plata, dispuso declarar inconstitucional la ejecución de hipotecas por la vía privada, de acuerdo al procedimiento que fijó en el año 1995 la “Ley Barra”, N° 24.441.

Sostuvo el tribunal que ese régimen viola, entre otros, el Derecho de Propiedad y el Derecho de Defensa en Juicio, que están garantizados en la Constitución Nacional constituyendo un procedimiento que provoca un abuso de derecho (situación expresamente prohibida por el Código Civil), además de ser contrario a la Ley de Defensa del Consumidor.

El texto de resolución, en sus partes salientes, dice:

“El artículo 54 de la ley 24.441 resulta decididamente violatorio de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) en cuanto establece que “la propiedad es inviolable y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”, como asimismo de lo contemplado en los Tratados Internacionales que más adelante citaré. La mera contemplación de ambos textos pone en evidencia la incompatibilidad entre ellos.”

“Del artículo 54 de la ley 24.441 surge que acompañados los instrumentos exigidos por la propia ley puede obtenerse la tenencia del inmueble sin sentencia judicial. Más aún, de encontrarse ocupado, el lanzamiento se llevará a cabo mediante un escribano designado por el acreedor con amplísimas facultades.”

Destaca el fallo que la propia ley ahora declarada inconstitucional es terminante, en cuanto a que todo este procedimiento debe tramitar sin darle conocimiento de él al deudor, quien se encuentra imposibilitado de defenderse.

“En definitiva, surge claramente la violación del art. 17 de nuestra Constitución Nacional al no requerirse sentencia fundada en ley para adquirir la tenencia del bien a subastar, subasta que, además, se llevará a adelante sin ningún tipo de intervención judicial.”

Por lo tanto no estamos en presencia de un juicio o proceso válido, pues se trata de una serie de actos a cargo de particulares (acreedor, escribano) destinados a la venta de bienes del deudor, que sólo cuentan con la participación del juez para ordenar el mandamiento de constatación e intimación al deudor más la orden de lanzamiento, si fuera el caso, para el notario interviniente.

Asimismo, el Tribunal entendió que, en el caso concreto, se configuró un abuso de derecho en los términos del art. 1071, 2º parte del Código Civil, pues el procedimiento contemplado en la ley en crisis deja en manos del acreedor hipotecario la mayor parte del procedimiento (que en cualquier juicio está en cabeza del juez), sin imponerle plazos no mayores condiciones o controles sobre las medidas que puede adoptar a los fines de arribar al cobro de su crédito.

Concluye el Tribunal que corresponde aplicar la Ley de Defensa del Consumidor, por lo que ordenó adaptar el procedimiento a lo que ordena el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires.

Para detallar el fundamento del fallo en estudio:

1.- La ley 24441, denominada de financiamiento de la vivienda y la construcción, no sólo regula la ejecución extrajudicial contemplada en el Título V, arts.

52 a 67, sino que en el Título IX, art. 79, modifica expresamente el art. 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, sustituyendo el procedimiento de ejecución hipotecaria luego de dictada la sentencia de trance y remate por nuevas normas para el caso. En el sub lite las partes han convenido el procedimiento de ejecución extrajudicial en el acto de constitución.

2.- La Corte Suprema de Justicia ha establecido precedente la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma, remedio al que sólo debe recurrirse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable. Es tarea de la esencia del Poder Judicial, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la inconstitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución. Finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de defensa en juicio, pues dicho control constituye una cuestión de derecho que puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes - iura novit curia-. La aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

3.- Es procedente la declaración de inconstitucionalidad de oficio del artículo 54 de la ley 24441 por ser violatorio de la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y Tratados Internacionales -art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica-; y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Si se pretende realizar una serie de actos a cargo de particulares -acreedor y escribano- destinados a la realización de bienes del deudor, que sólo cuentan con la participación del juez para ordenar el mandamiento de constatación e intimación al deudor y la orden de lanzamiento con la facultad para pedir auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, etcétera.

4.- Doctrinariamente se ha entendido que la ley 24441 no ha previsto plazo alguno para que luego de efectuado el desalojo anticipado del deudor, se proceda a subastar el inmueble hipotecado, quedando tal circunstancia librada a la voluntad del ejecutante y configurando un claro abuso de derecho -art. 1071, 2º parte del Código Civil-.

5.- La ley 24240 de Defensa del Consumidor resulta aplicable al mutuo hipotecario que aquí se intenta ejecutar debido a que su art. 36 refiere a las operaciones



de venta de crédito, que en un sentido amplio, incluye a todo otorgamiento de crédito para la adquisición de cosas o servicios para el consumo o uso personal. Además, la regla no alude exclusivamente al crédito que el vendedor o prestador del servicio puede dar al consumidor o usuario, sino también al crédito que un tercero otorgue para estos fines.

6.- En el caso se está frente a un claro abuso del derecho, que no puede ser justificado por el art. 1197 del Código Civil que establece el principio de autonomía de la voluntad, si la ley 24240 – aplicable al caso- es de orden público. En el caso, los sujetos intervinientes han emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento en el acto de constitución del crédito hipotecario pero existe – conf. art. 37 de la 24.240- una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación – acreedor hipotecario- y una mera adhesión de la más débil. El carácter abusivo de una determinada relación jurídica existe en la medida en que producen restricciones de la libertad de actuación del sujeto pasivo. Cuando este contexto es creado para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de tal facultad, hay una situación abusiva y como consecuencia de ello, tales disposiciones deben tenerse por no escritas. Correspondiendo se ordene llevar a cabo la ejecución de conformidad con el procedimiento contemplado en el art. 594 y ss. del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires.

7.- Existe prejuzgamiento si el magistrado emite opinión o juicio que haga entrever la decisión final que ha de tener la causa formulada intempestivamente. Es improcedente cuando el juicio emitido ha sido indispensable en el momento que se ha expresado y siempre que se haya mantenido dentro de los estrictos límites del aspecto oportunamente considerado y valorado, siendo que la interpretación de la causal debe ser restrictiva. El simple empleo de las facultades jurisdiccionales afirmativas no configura prejuzgamiento.

*("Citibank NA c/Pozzi Adolfo H. s/Ejecución Hipotecaria" - 17/06/2004 - CNCiv. y Comercial de la Ciudad de Mar del Plata Sala II).*

En síntesis, un fallo luminoso que pone entre paréntesis el poder excesivo de los acreedores frente a la situación de indefensión de los deudores.

Merece analizarse, a la hora de escudriñar una acertada interpretación de la ley en cuestión, un fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, de fecha 5 de Octubre de 2000.

En esta ocasión, intervino la alzada en virtud de la apelación interpuesta contra la resolución de primera instancia que rechazaba una medida de no innovar impetrada por el ejecutado, tendiente a detener la subasta en un proceso seguido según el régimen especial de ejecución extrajudicial de hipotecas previsto por la Ley 24.441. de la lectura del decisorio surge que el total del capital reclamado por el acreedor había sido depositado en el expediente por el recurrente, quien había solicitado que se practicara liquidación fijándose la tasa de interés a fin de poder saldar la deuda, intentando evitar de ese modo el remate del inmueble.

Podríamos sintetizar el marco fáctico del conflicto diciendo que se daba en la causa una incomprensible situación: pese a que el deudor había integrado el total del capital comprometido, no encontraba modo de detener el remate de su propiedad. Tal encrucijada no debemos interpretarla como obra de una acerba actitud del acreedor sino que deriva de la estricta aplicación de la Ley 24.441.

Frente a la obligatoria doctrina que objeta la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de las normas, no podía el tribunal interviniente expedirse respecto de tal asunto, ya que la cuestión federal no había sido introducida. Sin embargo, marginando una exégesis literal de la ley cuestionada, los sentenciantes armonizaron su texto con principios de mayor jerarquía en una hermenéutica integradora de la normativa aplicable al caso.

Justipreció el Tribunal que la subasta judicial que establece la Ley 24.441 requiere como acto esencial previo el dictado de la sentencia de remate. Se arribó a tal conclusión a través del siguiente razonamiento: el régimen extrajudicial de ejecución hipotecaria, en los casos que el deudor plantea defensas en los términos del art. 64, prevé la necesidad de que el juez elucide la procedencia de tales excepciones acogiendo o rechazando. En este último supuesto, la desestimación conllevaría el dictado de una resolución que mande llevar adelante la ejecución especial, lo que constituye una sentencia de trance y remate. La presencia de esta sentencia, como título ejecutivo que habilita la venta compulsiva del bien, debe hacerse extensiva a los casos en los que no existe planteo defensivo por parte del ejecutado ya que un criterio contrario chocaría de bruces con principios muy arraigados en nuestro ordenamiento.

En tal sentido, ha establecido la Cámara que, tal como se encuentra estructurado nuestro ordenamiento, la subasta es un acto de ejecución forzada, aún en los casos de tramitación extrajudicial, la que sólo puede emanar de quien detenta el monopolio de la fuerza al servicio del derecho. Lo contrario, supondría transferir esa

potestad, por excelencia estatal, a un tercero (acreedor hipotecario) en desmedro del sistema institucional que únicamente le otorga a los jueces la actividad jurisdiccional.

*(CNCiv., Sala D, 5/10/00, “Saragusti, Diana I. c/ Bonifacio, Ricardo M. S/ ejecución hipotecaria, LL, 2001-B-703).*

En la medida en que la reducida etapa cognoscitiva previa al lanzamiento del deudor se acepte y mantenga jurisprudencialmente, no puede ser tachada la ley de inconstitucional, pues el derecho a la jurisdicción y la debida defensa serán, de ese modo, garantidos, más allá de la letra de la ley. Es innegable que si al presentarse el acreedor a petitionar la verificación del estado físico y la desocupación del inmueble se corre traslado previsto en el artículo 54 al deudor, aun cuando las defensas sean estrechísimas, aquél tiene la posibilidad de ser oído y, en caso de efectuar algún planteo, provocará sin dudas un pronunciamiento que deberá determinar si el crédito es exigible o no, o si la vía adoptada resulta procedente, con lo cual, en los hechos y más allá del fin perseguido por el legislador de desjudicializar el procedimiento, mediará en definitiva un control y una resolución expresa del poder jurisdiccional, que puede hasta tener algún viso de condena. Si el deudor se presenta y alega, por ejemplo, que la deuda no es exigible porque se le ha concedido una espera, ¿podría procederse de manera diferente a la que se da cuando se opone esa defensa en el proceso judicial? No. El juzgado deberá resolver la cuestión conforme a derecho y admitir o rechazar la defensa, lo que no es más, en los hechos, que un pronunciamiento –con sus particulares alcances– condenatorio o no, que habilitará el trámite posterior, dándose aquello de que quienes dieron forma a la ley en su comienzo no querían mantener el procedimiento en la órbita judicial.

No se deja de reconocer que esta posibilidad está reducida a su mínima expresión en la ley y que ése no era el fin querido en un principio, sobre todo en cuanto a la realización del bien, con la consecuente ausencia de garantías en el acto que se realizará (lo que seguramente también quedará desbordado en la praxis donde, en más de una oportunidad, deberá acudir al juzgado interviniente para resolver muchas cuestiones que no han quedado del todo previstas en la ley). Pero si el deudor utiliza la vía otorgada, mediará una decisión judicial, que habrá sido precedida de un debate y un control por parte de dicho poder.

## **REFLEXIONES FINALES**

- Así como se expuso al comienzo del presente trabajo, originariamente el derecho del acreedor hipotecario era prácticamente el dominio pleno y total, otorgándosele al mismo la posesión del inmueble gravado: ello obedecía a razones históricas, como la prohibición absoluta de cualquier interés sobre el préstamo del dinero. Las costumbres fueron evolucionando, conservando luego el deudor la posesión de la cosa hipotecada.

Nuestro derecho hipotecario se asienta sobre la base de la posibilidad por parte del deudor de mantener el uso y goce de la cosa hipotecada, ejerciendo el derecho de dominio en plenitud, aunque limitado en cuanto afecte la garantía real. Tales conceptos han sido modificados.

- Por otra parte, hasta ahora, siempre fue requerida una condena judicial previa contra el deudor de la relación principal para poder el acreedor hipotecario perseguir el inmueble garantizado, lo que en la letra de esta nueva ley desaparece para dar lugar a un procedimiento de expropiación de la propiedad, sin la segura intervención de la jurisdicción, aunque con algunas variantes que pueden darse en su verdadera y concreta aplicación.

- Quizás ahora se ahonda el problema en cuanto a la cuestión de la naturaleza jurídica de la ejecución hipotecaria. Como se vio en el capítulo pertinente al tema, hay sistemas en que se ejerce directamente la acción real y no es necesario el emplazamiento al deudor, como por ejemplo en España en donde existen cuatro tipos de procedimientos y dentro de ellos el extrajudicial que no ofrece contienda y es procedimiento de ejecución.

- Esta vía de ejecución ha sido legislada en el marco de una ley de las llamadas “ómnibus”, llamada de esa manera ya que lleva un amplísimo contenido que se agrupa en los 97 artículos en trece títulos. Esta norma, cuyas raíces se afirman en las mudables arenas de la política macroeconómica, ha sido sancionada en enero de 1995 a instancias del Poder Ejecutivo. No sin retadores, campeaban desde algún tiempo atrás vientos que hacía flamear como estandarte incuestionable que este tipo de normas aportarían una considerable cuota de fortalecimiento de la seguridad jurídica nacional,

demanda básica que los capitales extranjeros exigían ver cumplida antes de efectuar sus inversiones en la Argentina.

- Al estar situados en esta etapa del trabajo, habiendo ya estudiado el procedimiento, puedo decir que es tal la fuerza que la norma le otorga a este tipo de títulos hipotecarios que ha querido ir más allá de todo lo conocido hasta ahora en nuestro sistema jurídico.

Al legislarse el procedimiento a seguir en caso de no haber mediado defensas por parte del ejecutado, el artículo 57 establece que, una vez verificado el estado del bien el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía. De ello se sigue que nos encontramos ante una suerte de megatítulo sin precedentes, que sin tratarse de una sentencia judicial posee fuerza ejecutoria, con lo que se habilita sin más la mayor sanción legal en la órbita del derecho civil, cual es la realización forzada de bienes.

Se repara en la importancia decisiva que a ley acuerda a la fase preliminar y preparatoria que persigue la obtención del inmueble por el acreedor, libre de ocupantes; es la condición facilitadora del mejor resultado de la subasta extrajudicial y con ella la efectividad concreta del mecanismo de recupero del crédito, sustento básico del régimen procesal que se establece. De allí los resguardos que se han previsto y que la directiva sea que el lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el art. 64.

Así, se destaca una situación extremadamente dependiente o subordinada del deudor a la del acreedor; la búsqueda de concretar la función realizadora de la ejecución, de suerte que la garantía real en la faz instrumental juega decididamente a favor del acreedor; se restringe notablemente la estructura contradictoria, aunque sí respeta la bilateralidad, pero la audiencia reduce sensiblemente los poderes procesales instrumentales del deudor; todo el sistema se centra en la inmediata agresión del patrimonio del deudor.

- La apuesta más fuerte y sustancial de la Ley 24.441 al éxito de las fórmulas destinadas a proteger al titular del crédito hipotecario es a ese momento de la ejecución especial que instaura. La obligación profesional del escribano actuante en tal diligencia es buscar el resultado positivo aludido de la transformación económica del bien gravado. La Ley 24.441 ha procurado disciplinar una red de seguridad a favor de quienes constituyen la plataforma sobre la cual descansa el crédito financiador de la

construcción de viviendas. Esa efectividad de la garantía debe ejercer un alto poder de atracción en el mercado de capitales, fondos de inversión y en el flujo de quienes manejan esos fondos.

- Acerca de la “privatización” de la jurisdicción, cabe razonar que la doctrina ataca directamente la aspiración de convencionalizar la jurisdicción civil ensayada en la ley. Sobre el particular podría sostenerse que la ejecución especial tiene por origen el contrato, es decir, la voluntad específica de las partes de acudir al procedimiento extrajudicial. Sus promotores refuerzan la importancia de la autonomía de la voluntad como elemento determinante de la viabilidad de tan expedito procedimiento de autocomposición de los derechos.

Me parece poco convincente tal explicación, hay que tener en cuenta que en la mayoría de los casos el deudor, a la hora de pactar, no se encuentra en condiciones de negociar hallándose frente a una suerte de contrato de adhesión. Lo cierto es que, pese a la habilitación legislativa, los particulares carecen de capacidad para disponer de las normas imperativas del derecho público que hacen al ejercicio de la función jurisdiccional del Estado.

- Por lo anteriormente reseñado y luego del estudio del tema, llego a la conclusión de que hay que interpretar que la ley 24.441, para que se adecue a nuestro sistema jurídico vigente, exige la presencia indefectible de sentencia judicial que mande llevar adelante la ejecución, como paso previo al trámite de subasta, al que nada obsta que sea guiado por cauces extrajudiciales. A dicha conclusión arribo por el respeto a los principios que hacen a nuestro ordenamiento jurídico. El propósito de esta ley no puede lograrse sin avasallar principios de raigambre constitucional que hacen al ejercicio de la función jurisdiccional y a la garantía consagrada por el artículo 17 de la Carta Magna, no podemos dejar de lado que la propiedad es inviolable y nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley y, tan importante como ello, el principio de la defensa en juicio que establece el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Como se ha desarrollado precedentemente, la locución “sin intervención judicial” inserta en el art. 57, sumada al carácter que la ley ha conferido a la actividad defensiva del ejecutado del art. 64 y a la ausencia de necesidad de una sentencia que mande llevar adelante la ejecución, llevan a afirmar que la letra de la ley, tal como se encuentra redactada, ha aspirado a demasiado arrasando conceptos que requieren sean restablecidos.

Es por ello que, amén de que la ejecución hipotecaria extrajudicial se encuentra en vigencia, su aplicación tal y como surge de la normativa juega en contra del otorgamiento de seguridad jurídica al sistema de ejecución de hipotecas.

- Además de la reflexión que acabo de compartir, creo que es preciso dejar establecido que también la ley deja varios vacíos legislativos y muchas desprolijidades sintácticas, los cuales he ido destacando a lo largo del desarrollo del procedimiento que nos da la Ley 24.441, y para una concreta y efectiva aplicación de la misma, también deberían ser tratados.

- En cuanto a su denominación, el proceso especial de ejecución hipotecaria no constituye un trámite netamente extrajudicial, debiendo interpretarse en el sentido de que no puede existir ejecución sin sentencia de trance y remate. La ejecución no es extrajudicial por cuanto el título ejecutorio lo constituye una sentencia judicial, imperiosa para poder arribar a la subasta.

Este aspecto aparece como sumamente importante en la actualidad, pues sólo queda en el control de las instituciones la garantía del Estado de Derecho. No debemos olvidar que sólo la presencia de los jueces puede imprimir un marco de justicia y libertad en esta actual sociedad economicista.

## ANEXO I

### FINANCIAMIENTO DE LA VIVIENDA Y LA CONSTRUCCION

Ley N° 24.441

Fideicomiso. Fiduciario. Efectos del fideicomiso. Fideicomiso financiero. Certificados de participación y títulos de deuda. Insuficiencia del patrimonio fideicomitado en el fideicomiso financiero. Extinción del fideicomiso. Contrato de "leasing". Letras hipotecarias. Créditos hipotecarios para la vivienda. Régimen especial de ejecución de hipotecas. Reformas al Código Civil. Modificaciones al régimen de corretaje. Modificaciones a la Ley de Fondos Comunes de Inversión. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Modificaciones al Régimen Registral. Modificaciones al Código Penal. Modificaciones a las leyes impositivas. Desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

Sancionada: Diciembre 22 de 1994.

Promulgada: Enero 9 de 1995.

El senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

#### TITULO V

##### Régimen especial de ejecución de hipotecas

ARTICULO 52. — Las hipotecas en las cuales se hayan emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el artículo 45, y todas aquellas en que se hubiere convenido expresamente someterse a las disposiciones de este título, podrán ejecutarse conforme las reglas siguientes.

ARTICULO 53. — En caso de mora en el pago del servicio de amortización o intereses de deuda garantizada por un plazo de sesenta (60) días, el acreedor intimará por medio fehaciente para que se pague en un plazo no menor de quince (15) días, advirtiéndolo al deudor que, de no mediar pago íntegro de la suma intimada, el inmueble será rematado



por la vía extrajudicial. En el mismo acto, se le intimará a denunciar el nombre y domicilio de los acreedores privilegiados, embargantes y ocupantes del inmueble hipotecado.

ARTICULO 54. — Vencido el plazo de la intimación sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco (5) días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se intimará a su desocupación en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el artículo 64.

No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. Todo este procedimiento tramitará in audita parte, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma.

ARTICULO 55. — El acreedor estará facultado para solicitar directamente al Registro de la Propiedad un informe sobre el estado del dominio y gravámenes que afectaren el inmueble hipotecado, con indicación del importe de los créditos, sus titulares y domicilios.

ARTICULO 56. — Asimismo el acreedor podrá:

- a) Solicitar directamente en el registro correspondiente la expedición de un segundo testimonio del título de propiedad del inmueble, con la sola acreditación de ese carácter y a costa del ejecutado;
- b) Requerir la liquidación de las deudas que existan en concepto de expensas de la propiedad horizontal, impuestos, tasas y contribuciones que pesen sobre el inmueble, bajo apercibimiento que de no contarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez (10)

días hábiles desde la recepción de su solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviera libre de deudas. Los reclamos que se dedujeran por aplicación de lo dispuesto anteriormente no afectarán el trámite de remate del bien gravado.

ARTICULO 57. — Verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía, por intermedio del martillero que designe y con las condiciones usuales de plaza. Se deberán publicar avisos durante tres (3) días en el diario oficial y en dos (2) diarios de gran circulación, uno al menos en el lugar de ubicación del inmueble. El último aviso deberá realizarse con una anticipación no mayor de dos (2) días a la fecha fijada para el remate. En el remate estará presente el escribano quien levantará acta.

ARTICULO 58. — La base de la subasta será el monto de la deuda a la fecha de procederse a la venta y los avisos deberán —como mínimo— informar sobre la superficie cubierta, ubicación del inmueble, horario de visitas, estado de la deuda por tasas, impuestos, contribuciones y expensas, día, hora y lugar preciso de realización de la subasta.

ARTICULO 59. — El deudor, el propietario y los demás titulares de derechos reales sobre la cosa hipotecada deberán ser notificados de la fecha de la subasta por medio fehaciente con siete (7) días hábiles de anticipación, excluido el día de la subasta.

ARTICULO 60. — Realizada la subasta, el acreedor practicará liquidación de lo adeudado según el respectivo contrato y las pautas anteriormente dispuestas, más los gastos correspondientes a la ejecución, los que por todo concepto no podrán superar el tres por ciento (3%) del crédito. Procederá a depositar el remanente del precio a la orden del juez competente junto con la correspondiente rendición de cuentas documentada dentro de los cinco (5) días siguientes. El juez dará traslado al deudor de la citada presentación de la acreedora por el término de cinco (5) días a los efectos de la impugnación o aceptación de la liquidación. De no mediar embargos, inhibiciones u otros créditos, y existiendo conformidad entre deudor y acreedor con respecto al remanente, éste podrá entregar directamente a aquél dicho remanente.

ARTICULO 61. — Si fracasare el remate por falta de postores, se dispondrá otro reduciendo la base en un veinticinco por ciento (25%). Si tampoco existieren postores se ordenará la venta sin limitación de precio y al mejor postor. No se procederá al cobro de

suma alguna en concepto de honorarios por los remates fracasados. Si resultare adquirente el acreedor hipotecario procederá a compensar su crédito.

ARTICULO 62. — Cuando el comprador no abonare la totalidad del precio en tiempo, se efectuará nuevo remate. Aquél será responsable de la disminución real del precio que se obtuviere en la nueva subasta, de los intereses acrecidos y de los gastos ocasionados.

ARTICULO 63. — La venta quedará perfeccionada, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 66, una vez pagado el precio en el plazo que se haya estipulado y hecha la tradición a favor del comprador, y será oponible a terceros realizada que fuere la inscripción registral correspondiente. El pago se hará directamente al acreedor cuando éste sea titular de la totalidad del crédito.

El remanente será depositado dentro del quinto día de realizado el cobro.

Si hubiere más de un acreedor el pago se hará al martillero interviniente, quien descontará su comisión y depositará el saldo a la orden del Juez para que éste cite a todos los acreedores para distribuir la suma obtenida.

Si el acreedor ostenta la tenencia del inmueble subastado, podrá transmitirla directamente al comprador; caso contrario y no habiendo mediado desposesión anticipada deberá ser realizada con intervención del juez, aplicándose en lo pertinente el artículo 54. La protocolización de las actuaciones será extendida por intermedio del escribano designado por el acreedor, sin que sea necesaria la comparecencia del ejecutado, y deberá contener constancia de:

- a) La intimación al deudor en los términos del artículo 53;
- b) La notificación del artículo 59;
- c) La publicidad efectuada;
- d) El acta de la subasta.

Los documentos correspondientes serán agregados al protocolo.

Los embargos e inhibiciones se levantarán por el juez interviniente con citación de los jueces que han trabado las medidas cautelares, conforme a las normas de procedimiento de la jurisdicción.

ARTICULO 64. — El ejecutado no podrá interponer defensas, incidente o recurso alguno tendiente a interrumpir el lanzamiento previsto por el artículo 54 ni la subasta, salvo que acreditare verosímilmente alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que no está en mora;
- b) Que no ha sido intimado de pago;
- c) Que no se hubiera pactado la vía elegida; o
- d) Que existieran vicios graves en la publicidad.

En tales casos el juez competente ordenará la suspensión cautelar del lanzamiento o de la subasta.

Si el acreedor controvierte las afirmaciones del ejecutado, la cuestión se sustanciará por el procedimiento más abreviado que consienta la ley local. Si por el contrario reconociese la existencia de los supuestos invocados por el ejecutado, el juez, dejará sin efecto lo actuado por el acreedor y dispondrá el archivo de las actuaciones salvo en el caso del inciso d), hipótesis en la cual determinará la publicidad que habrá que llevarse a cabo antes de la subasta.

ARTICULO 65. — Una vez realizada la subasta y cancelado el crédito ejecutado, el deudor podrá impugnar por la vía judicial, por el procedimiento más abreviado que solicite el deudor:

- a) La no concurrencia de los hechos que habilitan la venta;
- b) La liquidación practicada por el acreedor;
- c) El incumplimiento de los recaudos establecidos en el presente título por parte del ejecutante.

En todos los casos el acreedor deberá indemnizar los daños causados, sin perjuicio de las sanciones penales y administrativas a que se hiciere pasible.

ARTICULO 66. — Dentro de los treinta (30) días corridos de efectuada la ejecución extrajudicial, el deudor podrá recuperar la propiedad del inmueble si pagara al

adquirente el precio obtenido en la subasta, más el tres por ciento (3%) previsto en el artículo 60.

ARTICULO 67. — Si el precio obtenido en la subasta no cubriera la totalidad del crédito garantizado con la hipoteca, el acreedor practicará liquidación ante el juez competente por el proceso de conocimiento más breve que prevé la legislación local. La liquidación se sustanciará con el deudor, quien podrá pedir la reducción equitativa del saldo que permaneciere insatisfecho después de la subasta, cuando el precio obtenido en ella fuera sustancialmente inferior al de plaza, teniendo en cuenta las condiciones de ocupación y mantenimiento del inmueble.

## **ANEXO II**

### **Antecedentes parlamentarios Ley 24.441**

#### *Observaciones al dictamen de las comisiones:*

...Se observan los artículos 53 a 67 del proyecto del Poder Ejecutivo (e idéntica numeración en el dictamen de la mayoría), en cuanto prevén un régimen especial de ejecución extrajudicial de créditos con garantía hipotecaria.

En particular observamos el artículo 57 que resume y sintetiza: a) La naturaleza decididamente inconstitucional del régimen de ejecución proyectado, que obliga a su observación; y b) El sentido de las restantes normas proyectadas.

Así lo resume el referido artículo 57 del proyecto al admitir que: “verificado el estado del inmueble, el acreedor ordenará por sí, sin intervención judicial, la venta en remate público del inmueble afectado a la garantía...”. Dicha previsión resulta decididamente violatoria de la garantía constitucional del artículo 17 de la Constitución Nacional en cuanto establece que “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley.”

La mera comparación de ambos textos pone en evidencia la incompatibilidad del propuesto como artículo 57, con la garantía del artículo 17 de la Constitución Nacional que impone la actuación del Poder Judicial a través de la sentencia, como única forma viable para privar a alguien de su propiedad.

El “principio ampara contra cualquier privación indebida de la propiedad, sea que la misma provenga de los particulares o del Estado mismo... sólo requiere un tribunal competente y que se observen las formas del procedimiento”.

En el Estado moderno nadie tiene el derecho de forzar a un tercero sino en virtud de una sentencia dictada por un juez competente. La defensa es inviolable... es decir, que nadie puede hacerse justicia con la propia mano... Para ello existe un poder del Estado encargado de decir el derecho.

Mucho más perfecta nuestra histórica Constitución Nacional que su par norteamericana, sus múltiples diferencias también se evidencian en la específica protección que ambos textos otorgan e idéntico derecho de propiedad, que la Enmienda V de la Constitución estadounidense asegura mediante la afirmación de que “nadie... se le privará de la propiedad sin el debido proceso legal”.

La distinta extensión de esta garantía de la Constitución norteamericana resulta evidente, a poco que se repare en las múltiples formas por las cuales el legislador de ese país puede asegurar ese debido proceso legal, que en nuestra constitución se encuentran limitadas al necesario dictado de una sentencia.

La cuestión ha sido desatendida por el proyecto del Ejecutivo que, adoptando sin adaptar las normas estadounidenses, culminó violentando nuestra Constitución Nacional con fundamento en las prácticas de “common law” de varios estados de ese país no aplicables al nuestro.

Entre ellas se encuentra la práctica del “power of sale foreclosure” que, en una traducción literal, comporta algo así como: un poder o autorización que el deudor otorga a su acreedor para que proceda a la venta extrajudicial de su propiedad, como forma de concluir la relación crediticia que los vincula.

Estas formas de procedimiento “contractuales” que nuestra Constitución Nacional rechaza en su recordado artículo 17, sugieren la necesidad de obtener los resultados propuestos en el proyecto a través de formas compatibles con la garantía constitucional y nuestro propio sistema normativo.

En tal sentido no puede soslayarse que, en este tipo de inversiones, el principal interés del acreedor está dado por el pago periódico de las rentas de su inversión, cuyo largo plazo de amortización, paralelamente, conforma el principal interés del deudor en la contratación del crédito.

Esa confluencia de intereses entre acreedor-deudor que conduce a la formulación del contrato (y el procedimiento judicial debería incentivar), resulta alterada apenas se produce la mora en el pago de alguna de las parcialidades de la cual, regularmente, se deriva la caducidad de los plazos pactados para el pago de las restantes.

De tal modo se suscita una confrontación en la que nadie gana y todos pierden pues: impedido el deudor de cancelar la totalidad de la deuda cuyas parcialidades se le niega regularizar, opone cuanta defensa resulte capaz de imaginar a fin de dilatar la ejecución y consiguiente percepción de su crédito por el acreedor.

Esta situación culmina provocando masivas ejecuciones hipotecarias, con la consecuente perturbación de la paz social que ello conlleva, sólo puede remediarse mediante criterios procesales que alentando la regularización de los pagos del deudor, otorguen a la ejecución de la garantía la mayor celeridad compatible con las mayores garantías de seguridad jurídica.

*Exposición del miembro informante del dictamen de minoría:*

Diputado Dumón: El proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo hace una mescolanza –este el término- entre el sistema de ejecución extrajudicial español –que, dicho por los propios protagonistas, es muy poco usado en España por su baja calidad jurídica- y el que tiene autorizado algunas cartas orgánicas de bancos oficiales; como el Banco de la Provincia de Buenos Aires, que fue muy poco utilizado y que cuando se aplicó dio malos resultados.

¿Dónde está la dificultad? La dificultad radica en que no se ponen recaudos a la entidad acreedora y se la da el beneficio extraordinario de llegar a la ejecución, a la venta de la vivienda, sin tener que acreditar judicialmente la mora. Tal vez esa vivienda sea única que una persona haya podido pagar con el producto de su trabajo, del esfuerzo quizá de muchos años, y que ha ido con una posición débil a contratar, firmando un contrato de adhesión con una entidad mayoritaria. A esta entidad le damos el derecho de que realice una ejecución y al deudor apenas la posibilidad de que efectúe el reclamo en un juicio posterior.

El proyecto del Poder Ejecutivo, que consiste en dar traslado al deudor por cinco días para que pueda oponer las excepciones de pago, de vía no pactada y de falta de citación, de intimación o de publicidad, de tal manera que quede resguardado su derecho. Si no lo hubiéramos hecho de este modo habría sido absolutamente incompatible con el artículo 18 de la Constitución Nacional por alterar el derecho de defensa, y particularmente el derecho de defensa en juicio.

La segunda cuestión que cabe mencionar es que con el proyecto inicial se podía llegar a ejecutar el bien y depositar el remanente, dando derecho al deudor sólo para un posterior juicio en caso de que la liquidación estuviera mal efectuada. Ahora bien, ¿cuál era la ventaja si el acreedor ya había cobrado y depositado el remanente? Ninguna: sólo aprovechar una situación de debilidad. Con respecto a estas cosas tenemos muy mala memoria. Cuando empezamos el periodo democrático se acerban hasta nuestros despachos como representantes del pueblo los afectados por las circulares 1050 y 185, ambas del Banco Central; esta última fue firmada por el actual ministro de Economía, Domingo Caballo, cuando era presidente de dicha institución. ¿Qué nos decía la gente ante dichas circulares? “Nos hemos quedado sin defensa, sin derecho.”

Por eso nosotros incluso hubiéramos ido más lejos, le hubiéramos dado la posibilidad de una audiencia de conciliación para que el juez llame a las partes. El adquirente de esta vivienda pudo haber tenido un traspie y por una mora de tan solo 60 días quedarse sin su techo. Hubiéramos preferido algo más, pero se privilegió la



atracción de inversiones. ¡Pero qué extraño discurso éste! ¿Las inversiones que nos merecemos los argentinos son aquellas que solamente van a venir a nuestro país porque en la Argentina no hay ningún riesgo de mercado y todo es ganancia de los grandes capitales? Esto no sucede en el mundo; el que invierte, la empresa, tiene una cuota de riesgo y también tiene un índice de litigiosidad. Lo que importa es que la litigiosidad es una confrontación de derechos y ambas partes tienen que tener la posibilidad del ejercicio del mismo.

Por eso es que incluso planteábamos una audiencia de conciliación, que seguramente no va a ser aceptada pero que hubiera resuelto muchísimos problemas y no hubiera corrido tampoco ninguna inversión. Si hemos coincidido en un aspecto fundamental: el tratamiento de las profesiones. Hasta aquí también hay un sofisma, mostrándose como verdadero lo que es falso. Se quiere instalar la sensación de que las viviendas son caras en Argentina por culpa de los arquitectos, ingenieros, los escribanos y los martilleros. Las viviendas son caras en la Argentina porque el poder adquisitivo de la gente que necesita vivienda está muy por debajo de su costo, porque la Argentina es un país muy caro dado que tiene precios relativos muy altos. Nosotros nos hemos aferrado a la defensa de las profesiones. Muy lejos está nuestra bancada de hacer una defensa corporativa, pero debemos recordar que la Argentina registró en dos de los últimos tres censos un ocho por ciento de su población destinada a la investigación, al planeamiento y al asesoramiento. Este es un índice de los países desarrollados que ellos toman con mucho cuidado. En los países desarrollados ese índice de la población anda alrededor del diez por ciento. Las profesiones en Argentina han dado una calidad de vida singular porque han permitido un servicio personalizado de alta calidad que ha mejorado notablemente el nivel de vida.

La transmisión del dominio en nuestro derecho consta de tres pasos fundamentales: la tradición, la escritura pública y la actuación registral, que comienza antes de la escritura y termina con la inscripción del título. En dos de estos pasos la figura del fedatario es fundamental en la Argentina. ¿Ha funcionado mal esta institución en el derecho argentino? ¿Por qué no verificamos cuál es el índice de litigiosidad que tiene la Argentina? ¿Cuántos juicios de reivindicación existen en la Argentina debido a que las transmisiones hayan sido mal hechas o por haber funcionado mal esta institución que opera por delegación del Estado? En tal sentido, les informo que dentro de los países que tienen notariado latino la Argentina ostenta el más bajo índice de litigiosidad. En general, los países latinos tienen un índice de litigiosidad que es el equivalente del diez por ciento de lo que tienen otros países.

Nosotros creemos que esta ley es necesaria, pero hubiéramos preferido que se redactara de otra manera. Por ello, planteamos una alternativa fácil, directa, mucho más simple y respetuosa de la Constitución y de una mejor calidad jurídica. De cualquier manera debemos reconocer que entre las jornadas de ayer y hoy hemos logrado mejorar proyectos referidos al tema y llegar a un consenso sobre la sanción que pretendemos concretar.

### ANEXO III

REGISTRADA BAJO EL N° 390 F°

Expte. N° 128.513 Juzgado 3 Sec. 6

En la ciudad de Mar del Plata, a los 17 días del mes de junio de dos mil cuatro, reunida la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda, en acuerdo ordinario a los efectos de dictar sentencia en los autos: "**CITIBANK NA C/ POZZI ADOLFO H. S/ EJECUCION HIPOTECARIA**", habiéndose practicado oportunamente el sorteo prescripto por los artículos 158 de la Constitución de la Provincia y 263 del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial, resultó que la votación debía ser en el siguiente orden: Dres. Nélide I. Zampini; Rafael F. Oteriño y Raúl O. Dalmaso.

El Tribunal resolvió plantear y votar las siguientes

#### **CUESTIONES**

- 1) ¿Es justa la resolución de fs. 48/vta?.
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

#### **A LA PRIMERA CUESTION PLANTEADA LA SRA. JUEZ DRA. ZAMPINI DIJO:**

I.- En la providencia recurrida el Sr. Juez de Primera Instancia resolvió que la ley 24.441, en cuanto impide al deudor oponer las excepciones del art. 595 del C.P.C. y admite la subasta extrajudicial sin sentencia, repugna los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, ya que es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos, como así también la propiedad, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada de ley. A ello añade que por el art. 14 bis el Estado protege la vivienda y, por otro lado, que por vía del art. 75 inc. 22 también adquieren estos derechos de rango constitucional por la incorporación de Tratados Internacionales como por ejemplo el conocido Pacto San José de Costa Rica. En consecuencia, manda librar mandamiento notificando al deudor que puede oponer tanto las defensas regladas en el art. 64 de la ley 24.441 como las prescritas en el art. 595 del Código Ritual y las jurisprudencialmente admitidas para este tipo de proceso. Sostiene que no hay convención privada alguna que pueda vulnerar estas mandas de orden y derecho público que hacen al sistema republicano de gobierno, por lo que recién una vez que se obtenga sentencia se podrá intimar la desocupación solicitada y demás pasos extrajudiciales de la ley referida. Finalmente, afirma el "a quo" que la ley 24.441, en principio, se encontraría también en pugna con la ley 24.240 (Defensa del consumidor), toda vez que

atenta contra la inviolabilidad de la defensa en juicio y los derechos de propiedad del Consumidor y del usuario: art. 37 y ccds., que ha sido ratificada en leyes modificatorias sancionadas con posterioridad a la que nos ocupa.

Dicho pronunciamiento es apelado por la parte actora atento que el "a quo" sostiene que el trámite de la ejecución extrajudicial repugna los arts. 17 y 18 de la C. N., como también el art. 14 bis en cuanto a la protección de la vivienda por parte del Estado, todas normas de rango constitucional. También se agravia toda vez que el sentenciante considera que la ley 24.441 entra en pugna con la ley de defensa del consumidor.

Señala que en forma inexplicable el Sr. Juez de primera instancia ordena reencausar la acción debiendo librarse mandamiento de intimación, notificando al deudor que puede oponer tanto las defensas regladas en el art. 64 de la ley 24.441 como las prescritas en el art. 595 del C.P.C.

Asimismo, denuncia causal de recusación por prejuizgamiento manifiesto contra el magistrado de la instancia anterior.

## **II.- ANTECEDENTES DE LA CAUSA.**

A fs.14/24 se agrega hipoteca constituida por Citibank NA por un crédito por la suma de dólares 17.600 sobre la vivienda única, familiar y de ocupación permanente ubicada en la planta baja del edificio sito en la ciudad y Partido de La Plata, con frente a la calle 20 N° 977, 979 y 981 entre avenidas 51 y 53 de 69 metros 98 decímetros del Sr. Adolfo Hector Pozzi.

## **III.- Pasaré a analizar los agravios propuestos: INTRODUCCION.**

A los fines de resolver la cuestión planteada, diré que la ley se denomina: "Financiamiento de la vivienda y la construcción", cuyos títulos comprenden varias figuras jurídicas.

Así, el Título I se refiere al fideicomiso; el Título II al contrato de leasing; el Título III a las letras hipotecarias. El título IV está referido a los créditos hipotecarios para la vivienda;

el Título V, al régimen especial para la ejecución de hipotecas; el Título VI: reformas al Código Civil (arts. 980, 997, 2662, 2670, 3936 y 3876); el Título VII: modificaciones al régimen del corretaje; el Título VIII: modificaciones a la ley de fondos comunes de inversión; el Título IX: modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; el Título X: modificaciones al régimen registral; el Título XI: modificaciones al Código Penal; el Título XII: modificaciones a las leyes impositivas; y finalmente, el

Título XIII está destinado a la desregulación de aspectos vinculados a la construcción en el ámbito de la Capital Federal.

Dicha ley fue sancionada el 22/12/1994 y promulgada el 9/1/1995.

Más allá que la ley 24.441, como se ha visto, tiene varios institutos y hace reformas a distintas leyes y códigos, **en materia hipotecaria estatuye dos sistemas con profundas diferencias de procedimiento: ejecución extrajudicial y la ejecución judicial.**

El primero de ellos ha sido introducido en nuestro derecho por la ley 24.441, cuando en el Título V contempla el régimen especial de ejecución de hipotecas (que abarca los arts. 52 a 67), referido a aquellas hipotecas en las cuales se halla emitido letras hipotecarias con la constancia prevista en el art. 45 o se hubiese convenido expresamente el someterse a las disposiciones de ese título.

El otro sistema es el contemplado en el Título VI de la citada ley: reformas al Código Civil, donde dispone que se agregue como segundo párrafo del art. 3936 que **"las legislaciones locales dispondrán el régimen procesal de la ejecución judicial de la garantía hipotecaria..."**, y establece una serie de pautas para ello.

Este último supuesto se aplica a todos los procesos de ejecución hipotecaria, a partir del dictado de la sentencia, que tramiten en jurisdicción nacional en los cuales en el contrato hipotecario no se hubiere pactado el procedimiento especial citado anteriormente, o incluso a aquellos en los cuales, pese al convenio, el acreedor decida recurrir a dicha ejecución.

Cabe señalar entonces que si bien se encuentra modificado el art. 598 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dispone que dictada la sentencia de trance y remate se procederá en la forma en que señala la ley, la Legislatura Provincial no ha dispuesto la reforma del Código Adjetivo en lo atinente a este punto.

**En definitiva, los arts. 75 y 79 de la ley 24.441 rigen para las ejecuciones hipotecarias que no corresponden al régimen especial de hipotecas previsto en los arts. 52 y siguientes de la misma ley.**

Así lo ha declarado la Cám. Nac. Civ., Sala E, en la causa "Mazzini Enrique A. c/ Ucello Graciela s/ ejecución hipotecaria": *"...La ley 24.441 no sólo regula la ejecución especial o extrajudicial contemplada en el Título V, sino que en el Título IX, art. 79, modifica expresamente el art. 598 del C.P.C.N., sustituyendo el procedimiento de ejecución hipotecaria luego de dictada la sentencia de trance y remate por nuevas normas para el caso"* (cit. en Revista Notarial, N° 928, de Sep.-Dic. de 1997).

En el caso de autos nos encontramos frente al primero de los supuestos aquí reseñados, es decir, **la ejecución extrajudicial cuyo procedimiento está convenido expresamente en el acto de constitución** (ver cláusula décimo séptima de la hipoteca glosada a fs. 14/23 - arts. 52 a 67 de la ley 24.441). Nótese que el objeto de la demanda es solicitar la constatación y desocupación del inmueble de conformidad con el art. 54 y concordantes de la ley 24.441.

### **CONSTITUCIONALIDAD O INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTICULO 54 DE LA LEY 24.441.**

El art. 54 de la ley de Financiamiento de la vivienda y la construcción expresa: *"vencido el plazo de intimación (no menor a 15 días) sin que se hubiera hecho efectivo el pago, el acreedor podrá presentarse ante el juez competente con la letra hipotecaria o los cupones exigibles si éstos hubiesen circulado, y un certificado de dominio del bien gravado, a efectos de verificar el estado de ocupación del inmueble y obtener el acreedor, si así lo solicita, la tenencia del mismo. El juez dará traslado de la presentación por cinco días al deudor a los efectos de las excepciones previstas en el artículo 64. El juez ordenará verificar el estado físico y de ocupación, designando a tal fin al escribano que proponga el acreedor. Si de esa diligencia resulta que el inmueble se encuentra ocupado, en el mismo acto se le intimará a su desocupación en el plazo de 10 días, bajo apercibimiento de lanzamiento por la fuerza pública. El lanzamiento no podrá suspenderse, salvo lo dispuesto en el art. 64. No verificada en ese plazo la desocupación, sin más trámite se procederá al lanzamiento y se entregará la tenencia al acreedor, hasta la oportunidad prevista en el artículo 63. A estos fines, el escribano actuante podrá requerir el auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio y violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa del deudor. **Todo este procedimiento tramitará in audita parte**, y será de aplicación supletoria lo establecido en los códigos de forma".*

La pregunta que debemos hacer es si la normativa aplicable al caso resulta violatoria del derecho de propiedad y defensa en juicio, garantías contenidas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, 15 y 31 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires, como asimismo en los tratados internacionales de jerarquía constitucional, a saber: art. XVIII y XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En este caso, si bien el "a quo" señala que la ley 24.441 repugna las garantías constitucionales señaladas y la ley de Defensa del Consumidor, no se ha planteado expresamente la inconstitucionalidad de las disposiciones de la citada ley. En consecuencia: ¿puede este Tribunal declarar la inconstitucional de oficio?.

Es doctrina de la Corte Suprema de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad es una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia; es un acto de suma gravedad, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable. Asimismo, sostuvo que la declaración oficiosa de inconstitucionalidad no implica un avasallamiento del Poder Judicial sobre los demás poderes, pues dicha tarea es de la esencia de aquél, siendo una de sus funciones específicas la de controlar la inconstitucionalidad de la actividad desarrollada por el Ejecutivo y el Legislativo, a fin de mantener la supremacía de la Constitución. Además, la presunción de validez de los actos estatales en general no se opone - a su criterio- a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, toda vez que, en tanto mera presunción que es, cede cuando los actos estatales contrarían una norma de jerarquía superior. Finalmente, no cabe aducir quebrantamiento de la garantía de defensa en juicio, pues dicho control constituye una cuestión de derecho que puede ser resuelta por el juez mediante la facultad de suplir el derecho no invocado por las partes ("iura novit curia"). La aplicación de este principio incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (argto. C.S.J.N. causa "Mill de Pereyra Rita A. y otr. c/ Estado de la Prov. de Corrientes s/ demanda contenciosa administrativa", cit. en La Ley 2001 F, pág. 886 y ss; Bianchi, Alberto "Control de Constitucionalidad, pág. 207; Hitters, Juan Carlos "Posibilidad de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las leyes", E.D. 116-896; Sánchez Viamonte "El constitucionalismo, sus problemas"; Bidart Campos, "Derecho Constitucional" T. I, pág. 262 y ss.; entre otros).

En razón del criterio expuesto precedentemente, considero que el Tribunal que integro puede decretar de oficio la inconstitucionalidad del art. 54 y ccds. de la ley 24.441.

Entrando entonces a analizar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de la ley 24.441, diré que jurisprudencialmente existen dos posturas.

Por un lado, en la Justicia Nacional se ha declarado la constitucionalidad del desalojo previo en la ejecución especial reglada en los arts. 52 y siguientes de la mentada ley, habida cuenta de que ello entra en el marco de la autonomía privada,

reconocida a los particulares en el principio general del art. 1197 del Código Civil, sin embargo, se decretó la inconstitucionalidad de los arts. 3936 del Código Civil y 598 del C.P.C.N. atento que resultan violatorios del art. 17 de la Constitución Nacional (argto. C.N.Civ., Sala D, 23-12-98, causa "Banco Tornquist SA c/ Pérez de Guglieri, María del Carmen s/ Ejecución hipotecaria"; cit. en Revista de Derecho Procesal, "Procesos de Ejecución-I", Edit. Rubinzal-Culzoni, 2001, pág. 251 y ss).

Por el otro lado, se ha declarado la constitucionalidad del art. 598 del C.P.C.N. por considerar que sólo se ha adelantado la etapa de desocupación del bien y no conculca los principios básicos contemplados en el art. 17 de la Constitución Nacional (argto. C.N.Civ. Sala E, 24-2-98, causa "National Marshall SA c/ International Iron SA s/ Ejecución hipotecaria"; cit. en Revista Derecho procesal, "Procesos de...", pág. 259).

La jurisprudencia provincial se ha declarado en contra de la aplicación del art. 3936 del Código Civil, por considerar que nuestro ordenamiento adjetivo vigente no contempla el régimen especial de ejecución de hipotecas que prescribe la ley 24.441, sin perjuicio de lo acordado por las partes (argto. Cám. Civ. San Martín, causa N° 53.050, RSD-215-3 del 8/5/2003; Cám. Civ. de Quilmes, Sala II, causa N° 491, RSI-58-96 del 12/7/1996).

Sin embargo, también se ha contemplado la viabilidad de la ley 24.441 por estimar que tal procedimiento abreviado es consecuencia directa del acto volitivo consagrado por las partes en el instrumento suscripto por las mismas (Esta Cámara, Sala I, causa N° 108.231 RSI-1399-98 del 9/12/98).

Reseñados los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, cabe señalar que la cuestión a resolver fue oportunamente planteada por los integrantes del Poder Legislativo en oportunidad de elevar las observaciones al dictamen de la comisión.

Participo de la postura que sostiene la inconstitucionalidad del art. 54 de la ley 24.441.

En primer lugar, en cuanto a la garantía contemplada por el art. 17 de la Constitución Nacional y 31 de la Provincial -inviolabilidad de la propiedad- Carlos Sánchez Viamonte sostuvo que *"Una sentencia fundada en ley puede privar de la propiedad al decidir un caso judicial o pleito, cuando el ejercicio de una acción obliga a un deudor, propietario de un bien, al pago de una suma de dinero, y éste se resiste a efectuarlo. Se sigue entonces un procedimiento de embargo y luego de remate público del bien, a fin de hacer efectivo el pago con lo producido de la venta, judicialmente ordenada. En estos casos, se priva o desapodera al propietario de un bien que le*



*pertenece, 'en virtud de sentencia fundada en ley'...*" (cit. en La Ley, año 1995 N° 4, Ley 24.441, pág. 158 y ss).

Asimismo, Linares Quintana afirma que el principio constitucional aludido *"...ampara contra cualquiera privación indebida de la propiedad, sea que la misma provenga de los particulares o del Estado mismo... sólo requiere un tribunal competente y que se observen las formas del procedimiento"* (Linares Quintana, Segundo; "Tratado de la ciencia de Derecho Constitucional", t. V, pág. 85, Plus Ultra, Bs. As., 1979).

Entiendo que si bien el principio de inviolabilidad de la propiedad no es absoluto y cualquier ciudadano puede ser privado de su propiedad, siempre deben estar dadas ciertas condiciones legales. Una de ellas es que debe precederle una **"sentencia fundada en ley"** que sea consecuencia de un **"juicio previo"**. Esto constituye el **antecedente necesario de todo decisorio que incursione en los derechos subjetivos de los ciudadanos** (argto. arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional; 15 y 31 de la Constitución de la Provincia de Bs. As.; art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica-; y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

El artículo 54 de la ley 24.441 resulta decididamente violatorio de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad (art. 17 de la Const. Nacional y 31 de nuestra Provincia) en cuanto establece que ***"La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley"***, como asimismo de lo contemplado en los Tratados Internacionales citados precedentemente. La mera comparación de ambos textos pone en evidencia la incompatibilidad entre ellos.

Del artículo 54 de la 24.441 surge que acompañados los instrumentos exigidos por la propia ley **puede obtenerse la tenencia del inmueble sin sentencia judicial**. Más aún, de encontrarse ocupado, el lanzamiento se llevará a cabo mediante un escribano designado por el acreedor con amplísimas facultades (requerir auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, violentar cerraduras y poner en depósito oneroso los bienes que se encuentren en el inmueble, a costa deudor). Finalmente, el propio precepto legal despeja toda clase de dudas sobre el tema: "todo este procedimiento tramitará ***in audita parte***", como si se tratara de una medida cautelar, lo que no es.

En definitiva, surge claramente la **violación del art. 17** de nuestra Constitución Nacional (y 31 de la Const. Prov.) **al no requerirse "sentencia fundada en ley"** -por éste exigida- para adquirir la tenencia del bien a subastar; subasta que, además, se llevará adelante sin ningún tipo de intervención judicial (art. 57 de la ley 24.441).

Por otro lado, en lo que respecta a la violación de la garantía constitucional de defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18 de nuestra Carta Magna y 15 de la Constitución Provincial), enseña Romero que *"en el Estado moderno nadie tiene el derecho de forzar a un tercero sino en virtud de una sentencia dictada por el juez competente. La defensa es inviolable... es decir, que nadie puede hacer justicia con la propia mano... Para ello existe un poder del Estado encargado de decir el derecho"* (Romero, Cesar Enrique; "Estudios de la ciencia Política y derecho constitucional", pág. 103, UNC, Córdoba, 1961).

El Diputado Molinas, en el debate parlamentario de la ley bajo examen, con acierto señaló: *"...parecen una burla las defensas que puede oponer el ejecutado, sin la garantía suficiente de la justicia y en manos del acreedor. Realmente, en un estado de derecho, en un país que se considere republicano y donde rija algún principio ético, no es admisible un proceso como el que se plantea en la ley 24.441"*. Y agregó: *"...las modificaciones que se intentan introducir al Código de Procedimientos Civil tienden a asegurar el negocio del acreedor pero **dejan indefenso al deudor**"* (cit. en La Ley, año 1995 N° 4, Ley 24.441, pág. 115/6).

Así, destaca también Morello: *"que algunas de las diligencias que deban cumplirse dentro del proceso ejecutivo representen menesteres administrativos (traba de un embargo o de la inhibición general de bienes en el Registro de la Propiedad) no puede autorizar a que, con inconvenientes manifiestos y sin ventajas, deba suplantarse la justicia por la autotutela privada... Por más enérgico que sea ese título (escritura pública perfecta), **siempre será necesario un juicio en el que el deudor pueda esgrimir la posibilidad defensiva**"* (Morello, Augusto M.; "Los recursos extraordinarios y la eficacia del proceso", t. I, Edit. Hammurabi, Bs. As. pág. 322).

**La restricción a los derechos superiores (garantías constitucionales) sólo puede emanar del dictado de la norma particular para el caso (sentencia dictada por juez competente basada en la ley y como consecuencia de un debido proceso judicial), que contraponiéndose a la voluntad particular del deudor permita la actuación de la voluntad de la ley.**

El procedimiento bajo examen se encuentra lejos de ser considerado "contradictorio", toda vez que se aproxima y tiende a un procedimiento unilateral con

amagues de bilateralidad en aspectos muy específicos y por demás reducidos, **que lesionan ostensiblemente el derecho de defensa en juicio** (art. 18 de la Const. Nacional y 15 de la Const. Provincial).

Esta garantía, como señalara, también se encuentra contemplada en los distintos Tratados Internacionales mencionados, entre los que podemos citar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. XVIII establece "*toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos... contra actos que violen alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente*"; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que contempla el derecho de toda persona "*...a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial... para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...*" (art. 8 de la citada Convención); la declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto estatuye en su art. 8: "*el derecho a un recurso efectivo... contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley*".

En definitiva, los lineamientos del art. 54 y siguientes de la ley 24.441 no constituyen un juicio o proceso en el sentido atribuido por la ciencia procesalista, pues se trata de una serie de actos a cargo de particulares (acreedor, escribano) destinados a la realización de bienes del deudor, que sólo cuentan con la participación del juez para ordenar el mandamiento de constatación e intimación al deudor más la orden de lanzamiento (con facultad para pedir auxilio de la fuerza pública, allanar domicilio, etc.), si fuera el caso, para el notario interviniente.

Considero entonces, que el artículo "sub examine" es violatorio de la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional, 15 de la Constitución de la Prov. de Buenos Aires y Tratados Internacionales citados -art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 8, 10 y 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 8, 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); y el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### **ABUSO DE DERECHO. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. LEY 24.240 DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**

En primer lugar, cabe señalar que, llamativamente, si se ordenara la desocupación del inmueble, que sentido tiene que luego el deudor pueda recuperar la vivienda (conf. art. 66 de la citada ley).

Por otro lado, entiendo que también se ha configurado un abuso de derecho en los términos del art. 1071, 2da parte del Código Civil, pues el procedimiento contemplado en la ley en crisis deja en manos del acreedor hipotecario la mayor parte del procedimiento (que en cualquier juicio está en cabeza del juzgador), sin imponerle plazos ni mayores condiciones o controles sobre las medidas que puede adoptar a los fines de arribar al cobro de su crédito.

Ello no puede ser amparado en que tal procedimiento abreviado es consecuencia directa del acto volitivo consagrado por las partes en el instrumento suscripto por las mismas (arts. 16, 953, 1071, 1197 y ccds. del Cód. Civil).

Así lo ha entendido Highton, al decir que **la ley 24.441 no ha previsto plazo alguno para que, luego de efectuado el desalojo anticipado del deudor, se proceda a subastar el inmueble hipotecado, lo que configura un claro abuso de derecho (art. 1071, 2da parte del Cód. Civil), pues tal circunstancia queda librada a la voluntad del ejecutante** (argto. Highton, Helena; "Juicio Hipotecario", t. II, Edit. Hammurabi, pág. 780 y ss).

Por otro lado, en cuanto a que la ley 24.441 también se encontraría en pugna -según el Juez de la instancia anterior- con la ley de Defensa del Consumidor, en primer lugar debemos considerar si a la operación de mutuo hipotecario materia de autos puede aplicársele la pretendida ley.

Para ello debemos tomar en cuenta el art. 36 de dicho cuerpo legal referido a las "operaciones de venta de crédito", que en un sentido amplio, incluye a todo otorgamiento de crédito para la adquisición de cosas o servicios para el consumo o uso personal. Además, la regla no alude exclusivamente al crédito que el vendedor o prestador del servicio puede dar al consumidor o usuario, **sino también al crédito que un tercero otorgue para estos fines.**

De la escritura glosada a fs. 14/23 surge la finalidad del otorgamiento del crédito que ha dado origen a estas actuaciones, cual es la ampliación de la vivienda única, familiar y de ocupación permanente del Sr. Adolfo Héctor Pozzi (ver cláusulas 1ra y 2da).

En consecuencia, estimo que la ley 24.240 de Defensa del Consumidor resulta aplicable al mutuo hipotecario que aquí se intenta ejecutar.

Ahora bien, la cláusula diecisiete de la escritura acompañada resulta contraria al art. 37 del mencionado cuerpo legal, pues se trata de una cláusula que importa **la renuncia o restricción de los derechos del consumidor (dueño de la vivienda y**

**deudor de la entidad bancaria) y una ampliación de los derechos de la parte demandante** (argto. art. 37 inc. b Ley 24.240).

En el artículo 37 de la ley 24.240 se trata de proteger a una de las partes restableciendo el equilibrio contractual, que ha sido quebrantado, en este caso, por la conducta abusiva de la entidad bancaria.

Los sujetos intervinientes han emitido correctamente su declaración y expresado el consentimiento (en este caso en la cláusula 17 - art. 1197 del Cód. Civil), pero hay una desigualdad económico-social en virtud de la cual no hay discusión, negociación, sino **un aprovechamiento de la parte más fuerte de la relación y una mera adhesión de la más débil** (art. 37 de la ley de Defensa del Consumidor - 24.240).

El carácter abusivo de una determinada relación jurídica existe en la medida en que producen restricciones de la libertad de actuación del sujeto pasivo. Cuando este contexto es creado por el autor (acreedor hipotecario) para desnaturalizar, obstaculizar o impedir el ejercicio de tal facultad, hay una situación **abusiva**. A consecuencia de ello, tales disposiciones deben tenerse por **no escritas** (argto. Lorenzetti, Ricardo Luis; "Consumidores", Edit. Rubinzal-Culzoni, Bs. As. 2003, pág. 242 y ss).

Conforme ya lo expresara más arriba, nos encontramos frente a **un claro abuso de derecho, que no puede ser justificado en la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad** -art. 1197 del Cód. Civil-, **toda vez que la ley de Defensa del Consumidor es de orden público** (art. 65 de la ley 24.240).

Teniendo en cuenta lo expuesto hasta aquí, estimo errónea la decisión del Juez de Grado en cuanto reencausa la acción y señala que el demandado puede oponer tanto las defensas regladas en el art. 64 de la ley 24.441 como las prescritas en el art. 595 del C.P.C.

Recordemos que el régimen bajo estudio se encuentra previsto a favor del acreedor ejecutante, quien puede optar por el régimen de ejecución tradicional, sin embargo, el principio de indisponibilidad de las formas procesales impide que el acreedor pretenda recurrir a una "mixtura" de ambos procedimientos. Igual limitación le asiste al sentenciante.

En rigor de todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso interpuesto por la parte actora, declarándose la inconstitucionalidad del art. 54 de la ley 24.441, y debiendo llevarse adelante la ejecución de conformidad con el procedimiento contemplado en los arts. 594 y siguientes del Código de Procedimientos de la Provincia de Bs. As.

**RECUSACION DEL MAGISTRADO POR PREJUZGAMIENTO.**

Se ha dicho que la opinión vertida por los magistrados en la oportunidad procesal y sobre los puntos sometidos a su consideración, no importa otra cosa que el deber impuesto por la ley, de manera que no configura la causa de recusación por prejujuamiento (argto. esta Sala, causa N° 112.866 RSI-319-01 del 24/4/01).

En efecto, la causa de prejujuamiento se refiere al aporte subjetivo del magistrado que ha de consistir en emitir opinión o juicio que haga entrever la decisión final que ha de tener la causa formulada intempestivamente. Es improcedente cuando el juicio emitido ha sido indispensable en el momento que se ha expresado y siempre que se haya mantenido dentro de los estrictos límites del aspecto oportunamente considerado y valorado, siendo que la interpretación de la causal debe ser restrictiva. El simple empleo de las facultades jurisdiccionales afirmativas no configura prejujuamiento (Esta Alzada, causa cit.).

En el supuesto que nos ocupa, las opiniones vertidas por el Sr. Juez primero no importan prejujuamiento alguno, dado que fueron emitidas a los efectos de resolver la presentación de la demanda instaurada por el apelante dentro del límite de su ejercicio jurisdiccional (art. 17 inc. 7 del C.P.C.).

En rigor de lo expuesto, debe rechazarse la recusación formulada.

**Así lo voto.**

Los Señores Jueces Dres. Rafael F. Oteriño y Raúl O. Dalmasso votaron en igual sentido por los mismos fundamentos.

**A LA SEGUNDA CUESTION LA SRA. JUEZ DRA. ZAMPINI DIJO:**

Corresponde rechazar el recurso interpuesto por la parte actora, declarando la inconstitucionalidad del art. 54 de la ley 24.441 y debiéndose llevar adelante la ejecución de conformidad con las disposiciones contempladas en el Código de Procedimientos Civil y Comercial (arts. 594, 595 y ccds.). Propongo que no se impongan costas en esta Instancia, atento no existir contraparte y a la forma en que se resuelve la cuestión (art. 68, 2da parte del C.P.C.).

**Así lo voto.**

Los Señores Jueces Dres. Rafael F. Oteriño y Raúl O. Dalmasso votaron en igual sentido por los mismos fundamentos.

En consecuencia, se dicta la siguiente

**SENTENCIA**

Por los fundamentos dados en el presente acuerdo se rechaza el recurso interpuesto por la parte actora, declarándose la inconstitucionalidad del art. 54 de la ley 24.441 y debiéndose llevar adelante la ejecución de conformidad con las disposiciones

contempladas en el Código de Procedimientos Civil y Comercial Provincial. No se imponen costas atento que no existe contraparte y a la forma en que se ha resuelto la cuestión (art. 68, 2da parte del C.P.C.). Se difiere la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad (art. 31 de la ley 8.904). Notifíquese personalmente o por cédula (art 135 del C.P.C.). Devuélvase.

**RAFAEL F. OTERIÑO**

**RAUL O. DALMASSO**

**NELIDA I. ZAMPINI**

**MARIO PINONI**

**Secretario.**

## **BIBLIOGRAFÍA**

ABREVAYA, Alejandra Débora, “Ejecución Hipotecaria”, Edit. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1999.-

LA LEY, Antecedentes Parlamentarios “Ley 24.441”, 1994.-

HIGHTON, Elena, “ Juicio Hipotecario”, T. 1, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.-

HIGHTON, Elena, “Juicio Hipotecario”, T. 2, Edit. Hammurabi, Buenos Aires, 1995.-

MARIANI DE VIDAL, Marina, “Curso de Derechos Reales”, T. 1, Edit. Zavalía, Buenos Aires, 1997.-

MARIANI DE VIDAL, Marina, “Curso de Derechos Reales”, T. 3, Edit. Zavalía, Buenos Aires, 1997.-

MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho Hipotecario”, Edit. Zavalía, Buenos Aires, 1972.-

MORELLO, Augusto, “Aspectos Procesales de la Ley 24.441, de Financiamiento y Construcción de Viviendas”, JA, 1995-II-7707/781.-

SALVAT, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales”, Tomo 3, Edit. La Ley, 1946.-

VENTURA, Gabriel B, “Ley 24.441. Ejecución Hipotecaria”, Edit. Alveroni, Córdoba, 1995.-



## CITAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- <sup>1</sup> Tratado práctico de derecho civil, t. III, nº 2 y t. XII, nº 328, ed. 1942
- <sup>2</sup> Fernández, Raymundo, La hipoteca, la prenda..., t. I, ed. 1941
- <sup>3</sup> Mariani de Vidal, M., Derecho Hipotecario, Ed. Zavalía, 1972, pág. 29
- <sup>4</sup> Véase art. 497 y su nota.
- <sup>5</sup> Véase nota al art. 3112 Cód. Civil
- <sup>6</sup> Mariani de Vidal, Marina, “Curso de Derechos Reales”T. 3, 1997, pág. 159
- <sup>7</sup> véase nota al art. 3119 Cód. Civil
- <sup>8</sup> véase nota al art. 3172 Cód. Civil
- <sup>9</sup> Highton, E. , Juicio Hipotecario, T. 1, Edit. Hammurabi, 1995, pág. 72
- <sup>10</sup> Marina Mariani de Vidal, Curso de Derechos Reales, T.3, pág. 215
- <sup>11</sup> Morello, Augusto, LL, 1995-II-770/75
- <sup>12</sup> La Ley, Antecedentes Parlamentarios, 1994, “Ley 24.441”, pág. 823
- <sup>13</sup> Abrevaya, A., “Ejecución Hipotecaria”, Abeledo-Perrot, 1999, pág. 280
- <sup>14</sup> Antecedentes Parlamentarios, ley 24.441
- <sup>15</sup> Highton, E., Juicio Hipotecario, T.2, Edit. Hammurabi, 1995, pág. 816
- <sup>16</sup> “Consideraciones sobre el régimen hipotecario en la ley 24.441”, E.D., 16-IX-1996
- <sup>17</sup> Morello, A., ob.cit.
- <sup>18</sup> Abrevaya, A. Obra citada, pág. 283
- <sup>19</sup> Hihgton, Elena, Juicio Hipotecario, T. 2, Ed. Hammurabi, 1995
- <sup>20</sup> Mariani de Vidal, M., obra cit., pág. 219
- <sup>21</sup> Highton, Elena, Juicio Hipotecario, T. 2., pag. 782
- <sup>22</sup> Highton, E., *Juicio Hipotecario*, T. 2, pág. 793
- <sup>23</sup> Abrevaya, A, obra cit., pág. 293

---

<sup>24</sup> Highton, E., obra cit., pag. 797

<sup>25</sup> Abrevaya, A., obra cit.,, pág. 294

<sup>26</sup> Highton, Elena, Juicio Hipotecario, T. 2, Hammurabi, pág. 813

<sup>27</sup> Ventura, Gabriel, Ley N° 24.441, Ejec. Hipotecaria, Edit. Alveroni, pág. 157